



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Caroline Talgati

**A TRANSFORMAÇÃO DA NATUREZA CAUTELAR
DA PRISÃO PREVENTIVA EM MEDIDA PUNITIVA
NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS:
UMA ANÁLISE DE CASOS NO DISTRITO FEDERAL**

Brasília – DF

2015



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
Faculdade de Direito

Caroline Talgati

**A TRANSFORMAÇÃO DA NATUREZA CAUTELAR
DA PRISÃO PREVENTIVA EM MEDIDA PUNITIVA
NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS:
UMA ANÁLISE DE CASOS NO DISTRITO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte

Brasília – DF

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

Caroline Talgati

**A TRANSFORMAÇÃO DA NATUREZA CAUTELAR DA PRISÃO PREVENTIVA
EM MEDIDA PUNITIVA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS:
UMA ANÁLISE DE CASOS NO DISTRITO FEDERAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.

Orientador: Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte

Brasília, 22 de junho de 2015.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Evandro Charles Piza Duarte
Professor orientador

Professora Doutora Camila Cardoso de Mello Prando
Membro da banca examinadora

Professor Mestre Rafael de Deus Garcia
Membro da banca examinadora

Professora Mestranda Gisela Aguiar Wanderley
Membro suplente da banca examinadora

À minha mãe e ao meu pai.

Que época triste essa nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo.

Albert Einstein

RESUMO

O presente trabalho pretende discutir a prisão preventiva sob a ótica da teoria de Luigi Ferrajoli e das garantias penais e processuais penais estabelecidas na Constituição brasileira. Conquanto o cárcere processual e a sanção penal tenham definições bem distintas, o que se observa na prática é a utilização daquele instituto como verdadeira antecipação de pena. Essa constatação fica ainda mais evidente em alguns tipos de delitos, como no tráfico de drogas, em que se prende muitas vezes não por necessidade, mas por mera conveniência. Além do estudo doutrinário e jurisprudencial, serão examinados processos recolhidos nas Varas de Entorpecentes do Distrito Federal, com objetivo de analisar como o encarceramento cautelar está sendo usado pelos magistrados de primeira instância.

Palavras-chave: prisão preventiva, prisão cautelar, antecipação de pena, garantismo, processo penal, tráfico de drogas.

ABSTRACT

The present work aims to discuss preventive detention from the perspective of Luigi Ferrajoli's theory, penal safeguards and procedural safeguards established by the Brazilian Constitution. Although procedural prison and penal sanction have very distinct definitions, what is observed in practice is the use of that institute as true anticipation of punishment. This finding is even more evident in some types of crimes, such as in drug trafficking, in which it is arrested most of the times not for necessity, but for mere convenience. Besides the doctrinal and jurisprudential study, processes collected from the Narcotic Courts of the Federal District will be examined, in order to analyze how precautionary incarceration is being used by the first instance judges.

Keywords: preventive detention, precautionary prison, anticipation of punishment, garantism, criminal process, drug trafficking.

SUMÁRIO

Introdução.....	8
1. Aspectos históricos e constitucionais da prisão cautelar.....	11
1.1. Uma breve análise dos sistemas processuais penais e da utilização da prisão provisória.....	11
1.2. A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a importância de sua aplicação à constrição cautelar.....	15
1.3. O processo penal brasileiro e as garantias do acusado.....	19
2. A prisão cautelar na sistemática processual brasileira.....	27
2.1. O cárcere provisório e as medidas alternativas.....	27
2.2. A prisão preventiva, seus requisitos e fundamentos.....	33
2.2.1. O problema da fundamentação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública (e econômica).....	38
2.2.2. A conveniência da instrução criminal e o risco para aplicação da lei penal como fundamentos cautelares.....	41
2.3. A duração da preventiva e a razoável duração do processo.....	41
2.4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	44
3. A problemática (da) prisão preventiva no crime de tráfico de drogas: estudo de casos recolhidos em Brasília/DF.....	58
3.1. A guerra às drogas e o encarceramento preventivo.....	58
3.2. Descrição e análise dos processos coletados nas Varas de Entorpecentes do Distrito Federal.....	64
3.2.1. Primeira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal.....	65
3.2.2. Segunda Vara de Entorpecentes do Distrito Federal.....	73
3.2.3. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal.....	81
3.2.4. Quarta Vara de Entorpecentes do Distrito Federal.....	85
3.2.5. Conclusões parciais a partir dos dados obtidos.....	94
Conclusão.....	97
Referências bibliográficas.....	101
ANEXO – Questionário usado na pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”.....	104

INTRODUÇÃO

A prisão processual e a prisão pena tem definições doutrinárias bem distintas: enquanto esta seria decorrente de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, aquela se revelaria como uma medida coativa cautelar pessoal que implica uma limitação provisória da liberdade antes da condenação, visando garantir o normal desenvolvimento do processo penal de cognição e execução (SANGUINÉ, 2014). Porém, o que se observa na prática é o uso generalizado do instituto não como instrumento, mas como o próprio fim do Direito Penal, desvestindo-se de sua natureza cautelar para configurar uma ilegítima pena sem juízo (FERRAJOLI, 2014).

Conquanto esteja consagrado na Constituição brasileira o princípio da presunção de inocência, é corriqueira a manutenção de indivíduos no cárcere durante a submissão a procedimentos penais. Entretanto, a constrição processual evidencia-se como problemática não apenas por todos os desdobramentos que dela decorrem, como também pela ausência de cautelaridade observada em grande parte dos casos.

De acordo Zaffaroni (2013), a expressão “medida cautelar” seria na verdade um claro eufemismo, considerando-a própria do poder punitivo de modelo inquisitorial. Todavia, o que se pretende demonstrar nesse estudo é que o problema da prisão provisória não é propriamente a sua existência, mas sua utilização como forma de punição, o que afronta normas fundamentais.

Além de afetar praticamente todos os direitos fundamentais do cidadão, tais como a liberdade, a integridade, a honra, a intimidade e a própria imagem, privar alguém da liberdade sem prova de culpa e existindo chances de que seja inocente, dista muito do que seja justiça (SANGUINÉ, 2010). Só que para a grande massa da população o recolhimento cautelar do suspeito leva à falsa crença de que a comunidade está mais segura, havendo, dessa forma, um deslocamento da resposta penal para as prisões processuais, ao invés da sentença condenatória (CRUZ, 2006).

O Supremo Tribunal Federal há tempos já afirma a proibição de utilizar a constrição processual como antecipação de pena, devendo guardar natureza instrumental e ser concretamente fundamentada. No entanto, a atual legislação deixa brechas para que se utilizem os mais variados argumentos, sob a escusa de garantir a ordem pública, por exemplo, privando-se indefinidamente a liberdade do indivíduo.

Com o objetivo de demonstrar que a prisão cautelar, em especial a preventiva, está sendo utilizada como medida punitiva, o presente trabalho se iniciará com uma breve

exposição dos aspectos históricos e constitucionais da segregação do acusado. Na antiguidade, era muito raro o encarceramento processual, mas na Idade Média a prática passou a ser a regra, mantendo-se a pessoa sob custódia até o momento da aplicação das penas corporais ou infamantes. O corpo do acusado tinha que se fazer presente (GRECO, 2015), torturando-o até a obtenção da confissão. Com a ascensão do pensamento racionalista, o homem passou a ser visto como sujeito de direitos e foram estabelecidos limites à atuação do poder estatal. Contudo, os resquícios inquisitoriais continuaram a permear as legislações modernas, e o autoritarismo se fez especialmente presente nas primeiras décadas do Século XX, suprimindo diversas garantias. Nesse contexto surgiu o Código de Processo Penal brasileiro, com viés marcadamente fascista. O réu era um inimigo a ser perseguido e a prisão processual se transformou em verdadeiro ato de autoridade (PACELLI, 2013), fundada na gravidade em abstrato do delito.

Passadas as Grandes Guerras Mundiais, sentiu-se a necessidade de instrumentalizar os direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado, através da positivação dessas normas nas constituições. Surge ainda no final dos anos 70 a teoria do garantismo penal do italiano Luigi Ferrajoli, um dos grandes responsáveis por implantar garantias jurídicas para afirmação da responsabilidade penal e aplicação da pena (FERRAJOLI, 2014). Com o processo de redemocratização brasileiro no final dos anos 80, essas ideias são importadas e promulgadas na nova Constituição. Só que a nova Carta esbarrou em toda conjuntura autoritária anteriormente estabelecida, encontrando resistência até os dias atuais.

Sendo a Constituição a norma fundamental do Estado Democrático de Direito, é necessário fazer uma releitura do processo penal através dos postulados nela inscritos. Essa questão é muito importante na temática desse estudo pois, como se verá, ainda hoje a prisão preventiva é decretada com fundamentos genéricos, sem caráter cautelar e por prazo indefinido, em flagrante afronta às premissas garantistas constitucionalmente previstas, especialmente a presunção de inocência.

No segundo capítulo, far-se-á uma abordagem mais aprofundada na prisão cautelar dentro da sistemática brasileira, seus tipos e as outras modalidades de medidas cautelares, introduzidas no ordenamento pátrio principalmente após a Lei 12.403 de 2011. Embora existam outras espécies de segregação processual, o objeto dessa pesquisa é primordialmente a prisão preventiva, que é a restrição cautelar clássica da ordem jurídica brasileira (FERNANDES, 2012).

Para decretação do cárcere preventivo, além da materialidade do crime e dos indícios de autoria, deve-se fazer presente um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública,

da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ocorre que nem todos esses argumentos guardam contornos de cautelaridade, o que acaba por desvirtuar sua utilização. Além disso, a constrição provisória deveria guardar simetria com a sanção passível de aplicação ao caso: se o condenado não ficará preso, não haveria razões para se manter o acusado encarcerado. Só que existem crimes em que há o decreto praticamente automático da prisão, sem maiores considerações. Com relação ao tempo de clausura, não há previsão específica, já que, conforme também se abordará, vigora no país a doutrina do “não-prazo” (LOPES JR., 2007). Para arrematar o assunto, serão abordados também julgados do STF relativos aos últimos cinco anos, visando compreender o entendimento da corte sobre a prisão cautelar em cotejo com a vedação de antecipação de pena.

No terceiro e último capítulo, será feita uma análise de casos colhidos na pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas” em Brasília/DF, buscando identificar a reflexão jurídica com a realidade social regulada pelas normas penais. Por meio da análise de processos em que houve prisão preventiva, pretende-se demonstrar como sua utilização, especialmente em certos crimes, ganha contornos nitidamente autoritários e repressivistas.

Apesar do discurso que prega que o direito penal está voltado ao respeito da igualdade e da legalidade, bem como à tutela dos interesses dos indivíduos, a beligerância continua sendo a tônica do sistema repressivo (CARVALHO, 2013). Assim, pautado no direito penal do inimigo e na eliminação de incômodos, encarceram-se homens e mulheres muitas vezes não por necessidade, mas por mera conveniência. Não obstante, sendo a liberdade a regra e a prisão a exceção, o assunto deve ser tratado com todo o cuidado que demanda.

1. Aspectos históricos e constitucionais da prisão cautelar

Para entender a utilização que hoje se dá ao instituto da prisão cautelar, em especial da preventiva, é importante abordar, mesmo que de forma breve, como foi feito o seu uso nos diferentes sistemas processuais penais. Embora atualmente vigore um sistema de garantias que busca – conquanto por vezes não consiga, proteger o indivíduo do arbítrio do poder punitivo estatal, a situação nem sempre foi essa.

Através da exposição dos postulados da teoria garantista formulada por Luigi Ferrajoli, buscar-se-á analisar se a segregação processual é compatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e também se, no Brasil, essas normas são observadas, haja vista a opção constitucional pelo modelo acusatório.

1.1. Uma breve análise dos sistemas processuais penais e da utilização da prisão provisória

Na história do processo penal, ora prevaleceram ideias de segurança social, ora afirmações de proteção ao acusado e preservação de suas garantias. Para Scarance Fernandes, “Essa dicotomia é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo no processo penal” (2012, p. 23), ou entre os sistemas inquisitivo e acusatório.

Remontando ao Direito Grego, vigorava o que se pode chamar de estrutura acusatória pura, marcada pela paridade das partes, tendo o juiz como um fiscal do jogo, que não possuía a verdade, tampouco o poder de decidir. A decisão se dava, sobretudo, pelo reconhecimento de que as partes procederam de forma adequada no decorrer da disputa. Nessa sociedade, formada por pequenas comunidades, o poder se distribuía entre os indivíduos, havendo uma confusão entre identidade pessoal e social. A igualdade era representada pela participação na vida local, e o bem comum era alcançado com a tutela dos interesses perante a comunidade.

Aquele modelo acabou se tornando insuficiente para a repressão dos delitos, visto que a instrução era deixada nas mãos das partes, e frequentemente a persecução era inspirada por ânimos e intenções de vingança (LOPES JR., 2013a). Assim, ele foi sucedido pela estrutura inquisitória, em que a produção da verdade assume a forma de inquérito, reconstituindo-se o passado pela busca de vestígios deixados pela ação criminosa.

Segundo Foucault (2002), surge nessa época uma justiça que não parte mais da resolução dos conflitos entre os indivíduos. Ela será imposta de cima. As partes deverão se submeter a um poder judiciário e político exterior a elas. Surge a figura do procurador, como representante do soberano, do rei, do senhor. Ele se constitui como o representante de um poder lesado exclusivamente pelo fato de ter havido um crime. Ele vai dublar a vítima, de

forma que, se alguém atentou contra essa pessoa, atentou igualmente contra o soberano e seu poder. O dano não é mais de um indivíduo ao outro, mas passa a ser uma afronta ao próprio Estado. Assim é que o poder político vai paulatinamente se apossando dos procedimentos judiciais. Esta fase, que se iniciou por volta do século XII, com os Concílios de Verona (1184) e Latrão (1215), somente será criticada e deslegitimada no final do século XVII e início do século XVIII (CARVALHO, 2005).

Duas obras principais “fornecerão as chaves de leitura que instrumentalizarão procedimentos baseados em denúncias anônimas e vagas, em estruturas probatórias centradas na confissão e na busca da “verdade material”, bem como na prisão processual como regra” (CARVALHO, 2005, p. 232): “*Directorium Inquisitorum*” (1376) e “*Malleus Maleficarum*” (1489). Com a redescoberta do Direito Romano, principalmente a revitalização do “*Corpus Iuris Civilis*” e a inserção das glosas, além da concentração do saber nas mãos da Igreja, o processo caracterizado pela inexistência de separação entre aquele que acusa e aquele que julga se consolidou, tornando-se corriqueiro que a mesma pessoa realizasse a imputação, produzisse a prova e julgasse o acusado.

Na lição de Carvalho,

Instituído burocraticamente o modelo repressivo, o sistema processual inquisitório caracterizar-se-á pela exclusão do contraditório, ausência de ampla defesa e inviabilização da presunção de inocência. A insuficiência de provas e/ou sua dubiedade não geravam absolvição, mas, ao contrário, qualquer indício equivalia a uma semiprova, que comportava juízo de semiculabilidade e uma semicondenação (2005, p. 236).

Para Foucault (2002), o inquérito deriva de certos tipos de relação de poder. Ele se introduz no Direito através da Igreja e, portanto, é impregnado por concepções religiosas. Através dele, procura-se estabelecer os fatos como eles aconteceram. Assim, o uso da tortura e a busca da verdade real marcaram este modelo. As possibilidades de condenação se ampliavam gradativamente em razão da facilidade na obtenção da prova suprema, que era a assunção do crime pelo réu. A condenação era uma certeza, e os elementos colhidos apenas demonstravam o acerto da imputação feita pelo juiz-inquisidor. O acusado não era visto como sujeito de direito processual, mas como mero objeto de investigação, inexistindo direito de defesa, pois ao “defensor” cabia apenas auxiliar para que a confissão fosse obtida mais rápido.

A sociedade passava por um processo contínuo de centralização e estava abarcada por uma ideologia religiosa que unificava a todos na submissão. Qualquer lesão tinha interesse público, passando de mera infração à ofensa ao próprio Estado.

A prisão, até então, tinha predominantemente o papel de mera custódia: ela era necessária para assegurar a execução de outras modalidades de pena. Vigorava o princípio de que as prisões existiam apenas para prender os homens, e não para puni-los (*carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*) (MALLET, 2014, p. 79).

Porém, de acordo com Cruz (2006), a segregação processual tinha finalidades diversas das que hoje justificam, ou deveriam justificar, sua existência e, enquanto no direito romano ela era quase sempre substituída por outras medidas, tais como a garantia fidejussória, na concepção inquisitorial, por sua vez, o cárcere passou a ser utilizado como regra, visando permitir que o inquisidor tivesse o imputado à sua disposição.

Conforme Greco (2015), a prisão, salvo raras exceções, servia apenas para reter o indivíduo até o julgamento, destinando-se basicamente a evitar a fuga, o que poderia inviabilizar a pena final a ser aplicada, ou então era usada para tortura com a finalidade de obter a confissão dos fatos imputados. Dessa forma, “o corpo do acusado tinha que se fazer presente” (GRECO, 2015, p. 86), para que, ao final, fossem aplicadas as penas corporais ou infamantes. Não havia garantias nem presunção de inocência, pelo contrário, presumia-se a culpa até prova adversa.

Essa ideia é reforçada por Aury Lopes Jr. (2013a, p. 54), segundo o qual o encarceramento existe desde muito tempo, mas não como pena:

a prisão servia apenas com a finalidade de custódia, ou seja, contenção do acusado até a sentença e execução da pena, até porque, nessa época, não existia uma verdadeira pena, pois as sanções se esgotavam com a morte e as penas corporais e infamantes. A prisão tinha, inicialmente, a função de lugar de custódia e tortura.

Assim, a prisão processual era uma antessala do que estava por vir, em grande parte das vezes a morte, e embora não se falasse em pena propriamente dita, ela já tinha um conteúdo aflitivo.

Esse caráter foi mantido durante a Idade Média, e somente a partir do século XV iniciou-se um processo de ruptura da cultura eclesiástica com as doutrinas filosóficas e instituições jurídico-políticas, o que ficou conhecido pelo termo secularização (CARVALHO, 2005). O avanço das ciências e a falseabilidade dos dogmas da religião levaram à desconstrução das verdades reveladas pelo clero, impulsionando também o rompimento com o sistema penal medieval. Aos poucos, a utilização da tortura é restringida e os juízes tornam-se mais criteriosos na sua admissão, desembocando em um esperado decréscimo criminalizador.

O afloramento dos movimentos humanistas e racionalistas fomentou a crítica aos valores inquisitoriais. De acordo com Carvalho

As teorias humanistas, plenamente apropriadas pelo discurso do liberalismo penal divulgado pela “Escola Clássica”, solidificarão a estrutura principiológica do direito e do processo penal, projetando (formalmente) a satisfação da igualdade e racionalização de um poder punitivo dotado de autonomia, independência e imparcialidade (2005, p. 246).

A Ilustração foi essencial para que uma visão nova das estruturas jurídico-penais fosse estabelecida, “opondo-se àquela racionalidade que sustentava o poder repressivo de um Príncipe legitimado pelo Clero” (CARVALHO, 2005, p. 250). O liberalismo penal possibilitou a implantação de uma teoria dos Direitos Humanos, destronando a Inquisição e seu discurso penal genocida.

Confundindo-se com o discurso jurídico burguês do Estado de Direito, estabeleceu-se uma estrutura, no mínimo, formalmente acusatória. As funções de acusar e julgar são separadas e o indivíduo, tomado de forma abstrata, é reconhecido como sujeito de direitos. Tais direitos se expressavam na contenção à atuação do Estado, pois além de estabelecer as garantias do cidadão, tornando lícito tudo que não é proibido por lei, ele próprio se limitava.

A partir da virada iluminista, a execução, que até então recaía sobre o corpo do condenado, principalmente através da pena de morte, passará a recair sobre sua alma, surgindo a pena de privação de liberdade ao lado da constrição processual (GREGO, 2015). Ademais, o reconhecimento do homem como um ser racional e dotado de direitos, principalmente de dignidade, passou a ser visto como uma barreira à intervenção punitiva. A prisão começou a assumir sua feição moderna e a passou-se a admitir que a segregação cautelar tinha finalidades voltadas à salvaguarda da justiça – para evitar fugas, e da verdade – coibindo a perda ou danificação de provas (CRUZ, 2006).

Contudo, para frustração dos teóricos iluministas, os resquícios inquisitoriais continuaram a delinear as legislações modernas. O Código de Napoleão, que inspirou grande parte da legislação processual penal de tradição latina, trouxe uma série de princípios que fixavam o sistema acusatório, mas considerando tratar-se de uma ditadura, não deixou de influenciar-se também pelo espírito da inquisição. Com isso, nasce o “processo misto” (CARVALHO, 2005)¹.

¹ Para Aury Lopes Jr. (2013a) não haveria que se falar em sistema misto, pois não existem mais sistemas puros e qualquer um deles, seja inquisitório ou acusatório, será uma mistura de diversos elementos. Entretanto, o que diferencia um do outro é que, nesse último modelo, a acusação, que

O modelo misto ou reformado se difundiu pelos códigos criminais da Europa novecentista, e por todos os lados em que houve influência napoleônica. Já no século XX, com a instituição de governos de natureza autoritária e política antiliberal, o recurso a modelos processuais inquisitórios, com intervenção de órgãos administrativos, policiais e militares, tornou a ganhar destaque, bem como o uso generalizado de prisões provisórias (BARREIROS, 1981).

1.2. A teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a importância de sua aplicação à constrição cautelar

Do estudo dos sistemas penais, suas bases filosóficas, políticas e jurídicas, surgiu no final dos anos 70 do século passado o que se pode chamar de teoria geral do garantismo penal, cujo principal expoente é o jurista italiano Luigi Ferrajoli. Partindo da necessidade de tutela dos indivíduos contra as arbitrariedades estatais, principalmente no âmbito do direito penal e processual penal, ele indica as vigas-mestras que devem pautar a própria construção do Estado de Direito. Tendo por base os ideais do liberalismo e do iluminismo, delineia-se um sistema de garantias coerente e unitário, cujas premissas em muito se aproximam do sistema acusatório, em contraposição ao inquisitivo.

Assim, pode-se dizer, em poucas palavras, que o garantismo consiste na satisfação dos direitos fundamentais, os quais, por sua vez, representam os valores, os bens e os interesses que fundam e justificam a existência dos “artifícios” que são o direito e o Estado, cujo gozo por todos forma a base da democracia (FERRAJOLI, 2014).

Fundados no pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, o autor lista o que seriam os dez princípios que configuram o sistema garantista:

- 1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade

continua como monopólio do Estado, é realizada através de um terceiro diferente do juiz, deixando-se a iniciativa probatória inteiramente nas mãos das partes. Além disso, outros critérios são observados, como o contraditório, a publicidade, a oralidade, etc. De acordo com Jacinto Coutinho (apud LOPES JR., 2013a), dois princípios informadores são essenciais para diferenciar o núcleo fundante de um sistema: o dispositivo e o inquisitivo. O primeiro funda o sistema acusatório, em que o juiz é mero expectador. O segundo, baseia um sistema inquisitivo, cuja característica marcante é que a gestão da prova fica nas mãos do julgador, sendo ele, portanto, um juiz-ator. Não existe um princípio misto, e assim, qualificar um sistema como misto “significa ser, na essência, inquisitivo ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro” (COUTINHO apud LOPES JR., 2013a, p. 125).

pessoal; 7) princípio da jurisdiccionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Os axiomas acima, vistos como técnicas de minimização do poder punitivo, podem ser agrupados em três campos: garantias relativas à pena – a que correspondem os números 1, 2 e 3, garantias relativas ao delito – identificados por 4, 5 e 6, e garantias relativas ao processo – relacionadas aos itens 7, 8, 9 e 10. No entanto, um princípio está intrinsecamente ligado ao outro.

Em apertada síntese, não há pena sem a prática de um crime (*nulla poena sine crimine*), não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*), não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*), não há necessidade do Direito Penal se inexistir lesão ou perigo de lesão efetiva ao bem juridicamente tutelado (*nulla necessitas sine injuria*), não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*), não há ação sem culpa (*nulla actio sine culpa*), o reconhecimento da culpa é feito por órgão judicial (*nulla culpa sine iudicio*), o juiz não pode agir de ofício (*nullum iudicium sine accusatione*), não há acusação sem o mínimo de provas (*nulla accusatio sine probatione*), e, por fim, não há prova sem contraditório (*nulla probatio sine defensione*).

Os axiomas garantistas se configuram como implicações deônticas, normativas ou de dever ser, ou seja, não prescrevem o que ocorre efetivamente, mas o que deve acontecer. Eles enunciam uma “garantia jurídica para afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena” (FERRAJOLI, 2014, p. 90), estabelecendo condições necessárias para responsabilização, cuja ausência implica proibição de punir.

Apesar de se constituir em um ideal, cuja realização nunca foi e provavelmente nunca será realizável, tais princípios podem ser satisfeitos na prática em maior ou menor medida, conforme as técnicas legislativas e judiciais, podendo ser utilizados, ademais, “como critério de valoração do grau de validade ou legitimidade – e, vice-versa, de invalidez ou ilegitimidade constitucional – de nossas instituições penais e processuais, e de seu funcionamento concreto.” (FERRAJOLI, 2014, p. 44).

À medida que diminui a efetividade dos princípios do sistema garantista, os demais sistemas, ainda que em graus distintos, apresentam certa irracionalidade, própria do Estado policial, caracterizado pelo autoritarismo e pela eficácia repressiva, e mais próximo se chega de um direito penal máximo. Já em um Estado de Direito, em que o Poder Público e

especificamente o poder penal são rigidamente limitados e vinculados à lei (FERRAJOLI, 2014), o direito penal tende ao mínimo.

Enquanto o direito penal máximo busca que nenhum culpado fique impune, sob o risco de que algum inocente também possa ser punido, o direito penal mínimo, ao contrário, busca que “nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune”. (FERRAJOLI, 2014, p. 103). Para o doutrinador, “o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza” (2014, p.102).

No sistema garantista, o princípio da legalidade estrita ocupa um lugar central, pois para instrução do processo e aplicação da pena, os parâmetros definidos em lei devem ser obedecidos rigidamente. Isso quer dizer que ele é um modelo de direito baseado em liberdades regradas, buscando assegurar a correspondência máxima entre normatividade e efetividade da tutela dos direitos. Dessa forma, o que se propõe é a limitação do processo a regras precisas e claras, visando coibir o abuso do direito de punir.

Diferentemente de um sistema inquisitório, caracterizado por conceitos vagos e imprecisos, no qual a pena, muitas vezes, é aplicada não pelo que se fez, mas pelo que se é, e cujo “juízo remete, na realidade, muito mais à autoridade do juiz do que à verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios” (FERRAJOLI, 2014, p. 47), no modelo garantista o julgamento se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, corroboradas por provas recolhidas através de técnicas normativamente preestabelecidas e, “na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade” (FERRAJOLI, 2014, p. 48).

O que se busca não é tolher os momentos valorativos intrínsecos ao procedimento, pois é sabido que mesmo se esforçando para ser objetivo, o juiz está condicionado por seus sentimentos, suas inclinações, seus valores, e assim, sempre está presente uma dose de preconceito. Ferrajoli diz que “A interpretação da lei, como hoje pacificamente se admite, nunca é uma atividade exclusivamente recognitiva, mas é sempre fruto de uma escolha prática a respeito de hipóteses interpretativas alternativas” (2014, p. 42). Tais preceitos não são incompatíveis com o garantismo, desde que os direitos dos acusados sejam assegurados.

Com o fim das grandes guerras do século passado, a necessidade de normas que instrumentalizassem os direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado fez com que vários países inserissem nas suas constituições regras de caráter garantista, que também foram

positivadas através de várias declarações conjuntas². No entanto, esses axiomas encontraram como barreira legislações ultrapassadas e autoritárias, além do senso comum de que garantir direitos aos que respondem processo penal é sinônimo de impunidade, levando à edição de várias normas com viés repressivo³.

Esse limbo entre os sistemas acusatório e inquisitório ainda persiste. Todavia, o garantismo propõe que as normas processuais devem ser lidas à luz dos princípios e regras constitucionais e não o contrário. Mais que um instrumento técnico, o processo penal reflete os valores políticos e ideológicos da nação. Ele espelha as diretrizes básicas do sistema político do país, buscando, de um lado, assegurar que o Estado exerça seu poder punitivo e, de outro, garantir meios para que o indivíduo defenda seus direitos e garantias.

A teoria ganha especial relevo quando se trata das prisões provisórias. Como visto anteriormente, em um sistema inquisitivo, o cárcere processual é a regra. Entretanto, em um sistema garantista e acusatório, existem normas estritas que devem ser observadas, sob pena de se macular o próprio fundamento do Estado de Direito. Ferrajoli defende que a segregação sem julgamento é um ato de força e arbítrio.

Em Roma, chegou-se até mesmo a proibir por completo a prisão preventiva, mas na Idade Média ela era pressuposto da instrução, utilizando-se o corpo do acusado como meio para obtenção da confissão, como já explanado. O instituto só voltou a ser estigmatizado com o Iluminismo e a redescoberta do processo acusatório. Diversos pensadores da época criticaram a constrição, entretanto, a enxergavam como uma injustiça necessária: Hobbes, Beccaria, Voltaire, entre outros. Ferrajoli diz que

ainda que em nome de “necessidades” diversas, por vezes invocadas cada qual como exclusiva – somente o perigo da fuga, só o risco de deterioração das provas, ambos esses perigos juntos, ou simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção; ou ainda conjuntamente os perigos de natureza processual e os de natureza penal – a prisão preventiva acabou sendo justificada por todo pensamento liberal clássico (2014, p. 509).

Para o autor italiano,

² Pode-se mencionar a Declaração dos Direitos Universais do Homem, a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos adotado pela Resolução 2.200 na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, entre outras (FERNANDES, 2012).

³ Como exemplo é possível citar a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Substâncias Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (FERNANDES, 2012).

a pergunta que devemos tornar a levantar é então se a custódia preventiva é realmente uma “injustiça necessária” (...) ou se, ao invés, é apenas o produto de uma concepção inquisitória de processo que deseja ver o acusado em condição de inferioridade em relação à acusação, imediatamente sujeito à pena exemplar e, acima de tudo, não obstante as virtuosas proclamações em contrário, presumido culpado (2014, p. 512).

Sua análise da situação italiana tem paralelo com a realidade brasileira:

Essa pergunta deve ser enfrentada antes de tudo do ponto de vista externo, prescindindo-se do que diz a Constituição, e portanto sem submeter-se à falácia, até agora habitual em nossa cultura jurídica, segundo a qual aquilo que por hipótese a Constituição permite é justo e incontestável. E deve ser enfrentada, em segundo lugar, do ponto de vista interno ou constitucional, comparando a custódia preventiva não somente com a presunção de culpabilidade, mas também com o conjunto das outras garantias penais e processuais estabelecidas pela constituição e diretamente ou indiretamente por ela violadas (FERRAJOLI, 2014, p. 512).

No Brasil, assim como em outros países latino-americanos, o garantismo foi introduzido durante a redemocratização do final dos anos 80, período conhecido pela promulgação de novas Constituições e imposição de respeito aos direitos individuais. Contudo, somente uma análise mais apurada das práticas vigentes no país permitirão afirmar se essas garantias estão sendo efetivamente observadas.

1.3. O processo penal brasileiro e as garantias do acusado

O sistema jurídico brasileiro é um exemplo significativo dos problemas apontados pelo garantismo. Se por um lado a Constituição Federal de 1988 adotou um sistema marcadamente acusatório, com a positivação de diversas garantias, o Código de Processo Penal em vigência, que data de 1941, traz uma série de resquícios inquisitivos. Apesar das diversas modificações que ele sofreu ao longo dos anos, muitos traços autoritários foram mantidos e até mesmo revigorados, especialmente no tema da prisão preventiva. Ademais, além dos diplomas mencionados, o processo penal brasileiro é regido por diversas legislações esparsas que não observam os princípios constitucionalmente estabelecidos.

Entre 1500 e a proclamação da independência, em 1822, o direito no Brasil importava, essencialmente, as tradições portuguesas, merecendo destaque a Ordenação Filipina, que, cumprindo a função de terror do período inquisitório, trazia uma série de “regras” concernentes à aplicação dos tormentos. As mudanças, a partir de então, estavam ligadas às variações de política imperial. Em 1830, foi editado o Código Penal do Império, e em 1832, o Código de Processo Criminal. As fortes influências dos estudantes que retornavam da Europa

com ideais libertários e iluministas foi crucial para a adoção de alguns princípios que tutelavam o indivíduo contra o arbítrio estatal, tais como o da pessoalidade da pena, irretroatividade da lei penal, igualdade perante a lei e utilidade da pena (LOPES, 2006). Também as Constituições, desde 1824, já traziam alguns princípios, consentâneos aos pensamentos revolucionários daquele continente.

Contudo, mais à frente, diante de diversas revoluções liberais pelas quais passava o país, ocorre uma forte reação conservadora. É criado o inquérito policial e enormes poderes são atribuídos à polícia, o que acabou por consolidar um modelo inquisitorial e burocrático que persiste até hoje (LOPES, 2006). Passado um período de pluralidade processual, em que cada estado federativo instituía sua própria legislação, em 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal atual, inspirado no italiano e fascista Código Rocco dos anos 30 do século XX.

Reflexo das influências do Estado Novo de Getúlio Vargas e da II Grande Guerra, o novo diploma associava a doutrina italiana positivista e o tecnicismo nazifascista, trazendo “um ideário que considerava o princípio da inocência um contrassenso jurídico, abandonando toda a principiologia do Iluminismo, salvo por ainda se respeitar o *in dubio pro reo* para se decidir o mérito da causa” (MARTINS JÚNIOR, 2014, p. 4-5).

A Constituição então vigente, chamada de “Polaca”, datava de 1937 e tinha inspiração nitidamente autoritária, tendo como fonte a Carta Polonesa editada sob o comando do ditador Józef Pilsudski. Nesse contexto é que surge o Código de Processo Penal de 1941, fruto do trabalho do Ministro da Justiça Francisco Campos. Visualizando no réu um inimigo a ser perseguido e punido, as previsões da nova legislação estipulavam, quanto ao inquérito policial, o sigilo do procedimento e a possibilidade de incomunicabilidade do investigado (MARTINS JÚNIOR, 2014). A prisão processual, nesse contexto, não era uma verdadeira medida cautelar, embora incidente sobre a pessoa e sua liberdade, constituindo-se verdadeiramente em ato de autoridade, pois não era apoiada em um juízo concreto de necessidade⁴ (PACELLI, 2013).

Entretanto, após 1988 e a nova Constituição da República Federativa do Brasil, uma série de direitos e garantias fundamentais foi incorporada ao ordenamento jurídico do país, o que foi de encontro com toda a conjuntura estabelecida anteriormente, gerando diversos

⁴ Exemplo disso é a redação original do artigo 596 do CPP, segundo a qual mesmo com decisão absolutória na primeira instância, o acusado deveria ser mantido encarcerado quando a pena máxima aplicada ao delito fosse igual ou maior que oito anos. Também o artigo 312, que foi alterado por várias vezes, a última em 2011, pela Lei 12.403, dispunha sobre hipótese de prisão preventiva obrigatória quando oferecida denúncia por crime com pena máxima igual ou superior a dez anos.

debates acadêmicos e jurisprudenciais. A polêmica se consolidou em torno da espantosa resistência à adoção do novo texto, principalmente em razão da mudança de concepção no tratamento do réu. Nessa disputa, a tendência era inverter a fonte interpretativa, de forma que a Constituição deveria ser entendida conforme a legislação menor, e não o oposto.

Nesse esteio, conceitos vagos previstos no Código continuaram sendo aplicados, a exemplo da garantia da ordem pública para decretação da prisão preventiva, que foi introduzida na legislação pátria em 1967 e reafirmada pela Lei 12.403/2011. Outro exemplo gritante de afronta ao texto constitucional foi a edição da lei dos crimes hediondos – 8.072, de 1990, cujo texto trazia uma forma de constrição cautelar automática, claramente baseada na presunção de culpa do réu, quando da prática de um delito grave, o que só foi rechaçado por outra alteração legislativa em 2007.

Aury Lopes Jr. defende que o processo penal deve ser visto como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Para ele,

A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista (eficiência antigarantista). Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo (2013a, p. 60).

O texto constitucional brasileiro, fundamentado na dignidade da pessoa humana, trouxe expressamente no artigo 5º diversos dispositivos que tutelam o cidadão, merecendo destaque para alguns incisos que respaldam o processo penal e asseguram os direitos do preso, a começar pelo inciso II, que diz que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; o inciso III proíbe a tortura e o tratamento desumano ou degradante; o XI trata da inviolabilidade de domicílio; o XII sobre o sigilo de correspondências, comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; o XXXVII diz que não haverá juízo ou tribunal de exceção; o XXXVIII fala sobre o tribunal do júri; o XXXIX dispõe sobre a anterioridade da lei penal, enquanto o XL trata da sua irretroatividade; o XLV afirma que a pena não passará da pessoa do condenado; o XLVI trata da individualização da pena; o inciso XLVII lista as penas que são vedadas e o XLVIII fala sobre seu cumprimento; o XLIX diz que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”; o LIII garante que o processo será realizado por autoridade competente; o LIV trata do devido processo legal; no inciso LV são garantidos o contraditório e a ampla defesa; no LVI são proibidas as provas ilícitas; já no LVII existe a previsão da presunção de

inocência, segundo a qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”; o LXI fala sobre a prisão em flagrante, e no LXII consta a obrigatoriedade da comunicação ao juiz e à família do preso; o LXIII fala dos direitos do preso, dentre os quais, o de permanecer calado, enquanto o LXIV aborda o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório policial; o LXV diz que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”, e o LXVI fala que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”; por fim, o inciso LXXVIII assegura a duração razoável do processo. Além das disposições mencionadas e de outras que estão previstas constitucionalmente, o Brasil é signatário de uma série de tratados que visam proteger o cidadão do poder punitivo.

Assim, nota-se que a opção feita pelos constituintes foi a de adotar um sistema garantista e acusatório, o que, na lição de Aury Lopes Jr. (2013a), torna substancialmente inconstitucionais todos os artigos do Código de Processo Penal que atribuam poderes instrutórios ou investigatórios ao juiz. Deve ser dado o máximo de respostas afirmativas à pergunta: o modelo é compatível com o cenário democrático-constitucional vigente? Esse é o ponto crucial da virada paradigmática, e também o problema central quando se trata da prisão preventiva.

Dessa forma, é preciso fazer uma leitura do processo penal à luz da Constituição e dos tratados que o Brasil assina, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, para alinhá-lo na perspectiva de um sistema processual penal democrático. O grande desafio é dar eficácia aos direitos fundamentais positivados (LOPES JR., 2013a).

Um Estado só pode ser caracterizado como democrático e de direito se respeitar as garantias constitucionais. Portanto, “o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual” (LOPES JR., 2013a, p. 61). Não é a liberdade que é provisória, mas sim a prisão. Para se chegar à pena, é imprescindível passar pelo caminho do processo penal, devendo-se observar, rigorosamente, as regras e garantias constitucionalmente asseguradas, caso contrário todo o procedimento estará eivado de ilegitimidade⁵.

A concepção do acusado como sujeito de direitos e a valorização da dignidade da pessoa humana implicam dizer que o princípio que deve imperar no processo penal é o da

⁵ Na lição de Geraldo Prado (apud LOPES JR., 2013a, p. 63), “a Constituição da República escolheu a estrutura democrática sobre a qual há que existir e se desenvolver o processo penal, forçado que está – pois modelo pré-constituição de 1988 – a adaptar-se e conformar-se a esse paradigma”.

proteção dos inocentes. Consequentemente, a liberdade processual do imputado é seu objeto primordial de tutela (LOPES JR., 2013a).

Aury Lopes Jr. destaca que é comum na doutrina brasileira a classificação do sistema processual penal aqui em vigor como “misto”. Dessa forma, a divisão em duas fases do processo penal – uma pré-processual e outra processual propriamente dita – possibilitaria o predomínio da forma inquisitiva na primeira e da acusatória na segunda. Essa seria a escusa para que, durante o inquérito policial, não fossem asseguradas as garantias constitucionais, tais como o contraditório e a ampla defesa (já que a presença de advogado seria prescindível) e a publicidade dos atos processuais (pois nessa fase imperaria o sigilo). Outros autores, ainda, preferem chamar o processo penal brasileiro de “acusatório formal”, querendo de certa forma maquiagem a real situação. Aquele doutrinador, pelo contrário, afirma que o modelo brasileiro é (neo)inquisitório (LOPES JR., 2013a).

Retomando as palavras de Ferrajoli, Lopes Jr. diz que o sistema brasileiro é um monstro de duas cabeças, com um inquérito policial marcadamente inquisitório e uma etapa processual com “ares” de acusatória. De acordo com ele,

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (...) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase (LOPES JR., 2013a, p. 120).

O tema está relacionado intimamente com a questão da verdade no processo penal. No modelo antigarantista, ou substancialista, o que se busca é a verdade substancial ou material, mesmo que muitas vezes tenha que se passar por cima das regras procedimentais. Dessa forma, o uso de artifícios de tortura e crueldade, e a prisão processual sob a justificativa de que o acusado pode deteriorar as provas caso permaneça solto, são amplamente utilizados. No sistema garantista ou formalista, por outro lado, há um respeito a regras precisas, buscando-se a verdade formal ou processual. É “mais controlada quanto ao método de aquisição” e “mais reduzida quanto ao conteúdo informativo do que qualquer hipotética “verdade substancial” (FERRAJOLI, 2014, p. 48), porém, diferentemente do primeiro modelo, ela admite como premissa básica a presunção de não culpabilidade e todas as suas decorrências.

A partir da necessidade de se assegurar um processo penal constitucional, deve-se observar se o sistema cria condições necessárias para efetivar as regras do jogo. Com a superação da dicotomia entre direito natural e direito positivo, considerando a constitucionalização daqueles, o problema passou do plano da existência para o da eficácia das garantias, pois ainda que normativamente declarados, os direitos não são sempre efetivamente protegidos. E incumbe ao Poder Judiciário, em grande parte, garantir esses direitos fundamentais, inseridos ou resultantes da Constituição.

Para Aury Lopes Jr. (2013a), existem cinco princípios constitucionais que devem não apenas orientar, mas sim constituir o processo penal, de forma a evitar desvios e abusos de poder. Os juízes e tribunais, principais destinatários dos princípios no processo penal, devem buscar incessantemente sua máxima eficácia, fazendo o que for necessário para promover o fim devido. As normas a que o autor faz alusão são a garantia da jurisdição, o princípio acusatório, a presunção de inocência, o contraditório e a ampla defesa e, por fim, a motivação das decisões judiciais. Assim, por exemplo, não se pode pensar a prisão cautelar dissociada da presunção de inocência, tampouco o inquérito policial pode ser efetivado sem garantir um mínimo de contraditório e ampla defesa.

O fundamento que legitima um processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional: ele deve existir para dar eficácia a um sistema de garantias mínimas. Portanto, “as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal” (LOPES JR., 2013a, p. 161).

A garantia da jurisdição, mais do que a presença de um juiz, exige que ele seja imparcial, natural, e tenha comprometimento com a eficácia das normas constitucionais. O magistrado, no contexto do Estado Democrático de Direito, assume a função de proteção dos direitos fundamentais, de modo a tutelar o indivíduo, reparando injustiças e absolvendo quando não existirem provas concretas, em total abandono ao mito da verdade real. O que justifica o processo penal é garantir as liberdades dos cidadãos (LOPES JR., 2013a).

Dessa maneira, ainda que tenha que adotar posição contrária à opinião da maioria, cabe ao magistrado aplicar estritamente as regras do processo penal, mas fazendo uma filtragem constitucional, com vistas à proteção da parte mais débil. Diferentemente do momento do crime, em que a vítima é a parte mais fraca, ao sofrer a violência institucionalizada do Estado, o acusado assume esse posto. O simples fato de responder a um processo penal já é, em si, uma pena.

Para se garantir a imparcialidade do julgador, é essencial seu afastamento da atividade investigatória (na fase pré-processual) e instrutória (no processo). Para Lopes Jr. (2013a, p.179), deve-se rechaçar a

problemática figura do juiz com poderes instrutórios/investigatórios cujo núcleo está não só no famigerado art. 156 do CPP, mas também na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em flagrante em prisão preventiva (o que representa o mesmo que poder decretar a prisão de ofício...), art. 310 do CPP; determinar o sequestro de bens, art. 127 do CPP; decretar a busca e apreensão, art. 242 do CPP; ouvir outras testemunhas, além das arroladas pelas partes, art. 209 do CPP; condenar ainda que o Ministério Público tenha pedido a absolvição (art. 385); etc.

Apesar de não ter consagrado expressamente o princípio acusatório, a interpretação sistemática da Constituição não leva a outra conclusão senão a de que o modelo por ela adotado é garantista. Assim, a carga probatória deve ser deixada inteiramente nas mãos do acusador, abolindo-se qualquer ativismo por parte do juiz.

Ademais, o processo não pode ser demasiadamente expedito, de forma que se atropelem as garantias fundamentais, tampouco pode-se arrastar por período indeterminado, o que se equipara à negação da justiça e agrava as penas processuais inerentes ao processo penal, do que são exemplos a estigmatização, a angústia e as penas privativas de liberdade aplicadas antecipadamente. Embora a razoável duração do processo esteja prevista constitucionalmente, no Brasil vigora o que Lopes Jr. (2013a) chama de “doutrina do não prazo”. O Código de Processo Penal limita a duração de alguns atos, mas ao descumprimento desses prazos não corresponde nenhuma sanção.

O direito de ser julgado dentro de um prazo razoável está intimamente relacionado ao devido processo legal, e tem especial importância quando o acusado está preso. Enquanto as Constituições da Espanha, de Portugal e da Itália exigem a fixação de um prazo máximo de prisão cautelar pela lei ordinária (FERNANDES, 2012), a brasileira não contém o mesmo dispositivo. Todavia, como adverte Lopes Jr. (2013a), devem imperar nesse momento os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tendo sempre como valor primordial a dignidade da pessoa humana.

A presunção de inocência, concebida como dever de tratamento, é um princípio reitor do processo penal, podendo-se observar, nas palavras de Lopes Jr. (2013a, p. 226), “a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância”. Umbilicalmente ligada ao princípio da submissão à jurisdição, deles resulta que é a culpa que deve ser demonstrada e não a inocência. O julgador deve manter não apenas uma posição negativa –

não considerando o acusado culpado, mas também uma postura positiva – tratando-o realmente como inocente. A questão fica muito problemática quando se trata das prisões cautelares.

No Brasil, sob as desculpas de garantir a ordem pública ou mesmo a instrução penal, mantém-se o réu encarcerado preventivamente em nítida presunção de culpa e violação de seus direitos fundamentais, o que deve ser enfrentado e rebatido por um processo penal democrático.

Também o contraditório e a ampla defesa, muitas vezes abandonado na sistemática brasileira sob o manto do processo “misto”, precisa ser minimamente assegurado desde o inquérito policial. Para Aury Lopes Jr.,

Numa visão moderna, o contraditório engloba o direito das partes de debater frente ao juiz, mas não é suficiente que tenham a faculdade de ampla participação no processo; é necessário também que o juiz participe intensamente (não confundir com juiz-inquisidor ou com a atribuição de poderes instrutórios ao juiz), respondendo adequadamente às petições e requerimentos das partes, fundamentando suas decisões (inclusive as interlocutórias), evitando atuações de ofício e as surpresas. Ao sentenciar, é crucial que observe a correlação acusação-defesa-sentença (2013a, p. 232).

Por fim e não menos importante, tem-se que a motivação das decisões judiciais é assegurada expressamente na Constituição, em seu artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Além de servir para controle do contraditório, é através dela que se pode avaliar se houve prova suficiente para elidir a presunção de inocência. O poder, em um sistema constitucional-democrático, não basta por si mesmo, devendo observar estritamente as regras do devido processo legal, dentre elas, o dever de fundamentar os atos decisórios.

Feito esse panorama do processo penal e da utilização do cárcere, do sistema de garantias delineado a partir da teoria de Ferrajoli, bem como da sua aplicação no Brasil, far-se-á uma análise mais detalhada da prisão provisória, especialmente da preventiva, e seus desdobramentos, com vistas a demonstrar como ela deveria ser aplicada sob um enfoque constitucional, mas também como é sua prática cotidiana. Seu uso nos crimes de tráfico de drogas será objeto de um estudo mais profundo, cotejando-se sua adequação (ou não) diante das premissas garantistas.

2. A prisão cautelar na sistemática processual brasileira

Como exposto no capítulo anterior, a liberdade é um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito. A própria dignidade da pessoa humana impõe que qualquer restrição a esse direito deve ser excepcional e motivada, principalmente quando sequer existe condenação definitiva.

Entretanto, o que se observa na prática quotidiana é a utilização desmedida da prisão cautelar como verdadeira antecipação de pena, baseada em fundamentações abstratas e desprovidas de qualquer rigor. Comprovação disso são os dados do InfoPen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, Levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional, vinculado ao Ministério da Justiça⁶. De acordo com o relatório analítico, dos 537.790 presos custodiados no sistema penitenciário brasileiro em junho de 2013, 215.639 eram presos provisórios, ou seja, mais de 40% das pessoas encarceradas até o momento não tinham sido definitivamente julgadas.

Com a modificação trazida pela Lei 12.403 de 2011, estabeleceu-se no Código de Processo Penal uma série de medidas alternativas ao cárcere provisório, contudo, o instituto continua sendo muito utilizado, grande parte das vezes sem necessidade, mas sim por mera conveniência (CRUZ, 2006).

A partir da conceituação do que é a prisão provisória, far-se-á uma incursão em uma das suas modalidades, qual seja, a preventiva, demonstrando seus requisitos e fundamentos, bem como sua duração, objetivando analisá-los à luz da Constituição e dos princípios abordados. Ao final do capítulo, serão examinados julgados do Supremo Tribunal Federal a fim de entender como a Corte se manifesta sobre o tema.

2.1. O cárcere provisório e as medidas alternativas

Enquanto a prisão-pena resulta da imposição de sentença condenatória com trânsito em julgado, a prisão cautelar não passaria de um meio para assegurar uma investigação criminal produtiva, eficiente e livre de interferências (NUCCI, 2013). Esta deveria guardar caráter instrumental, enquanto àquela caberia as finalidades retributiva e preventiva.

Corroborando as palavras acima, Lima (2014) esclarece que a prisão penal representa a satisfação da pretensão punitiva e caracteriza-se pela definitividade. A segregação processual, por outro lado, seria uma providência urgente, buscando evitar que o julgamento

⁶ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>. Acesso em: 11/03/2015.

da causa não mais satisfaça o direito da parte, o que atingiria a finalidade instrumental do processo de garantir uma prestação jurisdicional justa.

De acordo com Scarance Fernandes (2012), as prisões processuais do Código de Processo Penal eram inicialmente quatro: prisão em flagrante, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia e a decorrente de sentença condenatória recorrível. Em 2008 as duas últimas deixaram de existir, antes, porém, foi acrescido ao rol a prisão temporária, regida pela Lei 7.960 de 1989.

Em 2011 promulgou-se a Lei 12.403, trazendo uma série de alterações na sistemática das medidas cautelares aplicadas no processo penal⁷. Tais medidas, que até então estavam centradas na prisão processual e na fiança, sendo a preventiva obrigatória em alguns casos, tiveram seu rigor atenuado através de postulados garantistas constitucionais, acrescentando-se ao rol diversas alternativas ao cárcere.

De acordo com Nucci, “O estado de inocência pressupõe que as eventuais restrições à liberdade individual sejam, efetivamente, indispensáveis. Eis o primeiro caráter das novas medidas, que se associam à prisão cautelar: *necessariedade*” (2013, p. 33). Analisando-se “a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal”, além de servir para “evitar a prática de infrações penais” (artigo 282, inciso I, do Código de Processo Penal), o magistrado aplica uma ou algumas das medidas elencadas no artigo 319 do diploma legal, sendo o cárcere a última alternativa. Ademais, deve-se observar a gravidade do crime, as circunstâncias do fato e as condições pessoais do acusado para avaliar a adequação da medida. Essas medidas cautelares podem ser decretadas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes, ou ainda, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante o requerimento do Ministério Público (artigo 282, § 2º).

Constituem medidas cautelares alternativas à prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou

⁷ É resultado do PL n. 4.208, apresentado em 2001 por uma comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover, contando também com a participação de Antonio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rogério Lauria Tucci, Petrônio Calmon Filho, Sidney Beneti e Rui Stoco (LOPES JR., 2013b).

necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Assim, conforme o artigo 310 do Código de Processo Penal, sendo o imputado preso em flagrante, o juiz deve relaxar a prisão ilegal, conceder liberdade provisória com ou sem as medidas cautelares citadas, incluindo-se a fiança, ou convertê-la em preventiva se, e somente se, inadequadas e insuficientes as medidas diversas e presentes os requisitos constantes do artigo 312 da legislação processual. Mesmo que a instrução tenha se iniciado por portaria, havendo necessidade de acautelar o processo, deve-se observar se existem outras medidas adequadas, ficando a prisão preventiva como última opção. Trata-se de verdadeira individualização da medida cautelar, em atenção ao princípio da proporcionalidade (NUCCI, 2013).

Apesar das modificações operadas, abrindo um amplo leque de alternativas ao encarceramento provisório, o que se observa na prática, como tem demonstrado uma série de pesquisas empíricas, é que a prisão continua sendo a opção mais utilizada pelos magistrados, seja na conversão do flagrante, seja na necessidade de acautelar a investigação ou a instrução criminal quando o imputado se encontrava solto.

Em estudo realizado pela Associação para Reforma Prisional (ARP) e pelo Centro de Estudos de Segurança e Cidadania (CESeC), construiu-se um banco de dados com todos os autos de prisão em flagrante distribuídos na cidade do Rio de Janeiro no ano de 2011, com vistas a mensurar o impacto da Lei 12.403/2011 na aplicação de medidas alternativas ao cárcere provisório. Dessa forma, foram comparadas as primeiras decisões adotadas para os acusados detidos antes de 7 de julho de 2011 – data em que a nova legislação entrou em vigor, e para os que foram presos depois, constatando-se que houve uma redução na aplicação da prisão preventiva no segundo semestre do ano (antes da entrada em vigor da lei, a prisão provisória foi a primeira medida cautelar adotada em 83,8% dos casos; após, o percentual caiu para 72,3%), porém, a medida continuou a ser aplicada amplamente. Ou seja, o impacto da

nova lei foi muito menor do que se poderia esperar, considerando o leque de opções disponíveis.

A provável pena a ser aplicada no caso deve ser levada em conta na decisão sobre como o acusado responderá o processo: se solto ou preso. Tendo em vista o princípio da proporcionalidade, a prisão provisória não seria cabível nas situações em que, ao final, julgada procedente a condenação, fosse aplicada pena alternativa ou mesmo a privativa de liberdade em regime aberto. No estudo acima revelou-se que, dos casos em que os acusados foram mantidos encarcerados após o flagrante (com informação sobre o desfecho processual), somente 33,6% foram condenados ao regime fechado. Ou seja, pode-se afirmar que quase 2/3 das prisões preventivas impostas funcionaram como verdadeira antecipação agravada de pena, visto que ao final os sentenciados não foram condenados à privação completa da liberdade.

Se em alguns crimes o impacto da nova lei foi mais perceptível, na quase totalidade dos delitos de tráfico de droga, a primeira medida adotada após o flagrante foi a prisão preventiva: de 440 casos distribuídos durante todo ano de 2011 na capital fluminense, somente seis receberam algum tipo de restrição alternativa, um tratamento mais drástico até do que o dispensado em casos de homicídio. Dos processos com informação de sentença, cerca de metade resultou em prisão no regime fechado e 8% em regime semiaberto. Apesar de significativa, a primeira fração é bem inferior à de prisões impostas cautelarmente, o que evidencia a aplicação praticamente automática da prisão provisória para os acusados de tráfico, sem levar em consideração a possibilidade de que ao final, muitos deles não sejam punidos com a restrição total da liberdade.

Tendo em vista a ampla margem de discricionariedade deixada pela lei brasileira na definição de quem seja usuário ou traficante, muitas vezes recorre-se à prisão processual mesmo sem convicção de tratar-se efetivamente de tráfico de drogas. A dúvida ou a ausência de provas – grande parte das vezes calcada exclusivamente no depoimento de policiais, ao invés de favorecer a liberação do acusado, leva à manutenção da prisão, em evidente ofensa aos princípios garantistas constitucionais. A periculosidade genericamente atribuída a esse tipo de crime e seus autores faz superlotar as prisões brasileiras sob o chavão da guerra às drogas.

Mais do que a seletividade em relação aos crimes, observa-se que a prisão provisória também seleciona por cor, sexo e faixa etária, já que na grande maioria das vezes quem fica preso é o jovem, pardo ou negro e pobre, sem condições de arcar com os custos de um bom advogado, comumente acusado de delitos de médio potencial ou mesmo por realizar o tráfico “formiguinha”.

Na mesma pesquisa feita pela pelo CESeC em parceria com a ARP, foram realizadas entrevistas com juízes da capital do Rio de Janeiro, as quais revelaram que o alto grau de discricionariedade atribuído a eles deixa margem a decisões subjetivas, informadas por valores e inclinações pessoais, muitas vezes sem observância estrita das regras processuais. Enquanto alguns já concediam liberdade provisória antes da Lei 12.403/2011, outros passaram a fazê-lo após sua vigência, por se sentirem amparados legalmente. Outros, ainda, não a concedem se há antecedentes criminais ou quando falta comprovação de endereço ou emprego. Isso para crimes como furto. Para o tráfico, a grande maioria mantém a prisão, sob a justificativa de ser crime equiparado hediondo, e de que o tráfico está associado a outros delitos. Enquanto alguns deles disseram que a nova lei trouxe resultados positivos, apesar dos problemas, como aplicação de acordos internacionais e da própria Constituição, outros afirmam que o objetivo foi desafogar o sistema carcerário, na contramão do clamor da sociedade por mais ordem pública.

Já para alguns promotores de justiça, o único resultado na nova lei foi lhes dar mais trabalho para manifestar-se pela permanência no cárcere. Diante desse quadro, fica evidente uma inclinação para o “*in dubio pro societate*” no lugar do “*in dubio pro reo*”, garantia esta decorrente do texto constitucional.

De acordo com Ferrajoli (2014), manter o acusado encarcerado impede que ele reúna as provas para sua defesa, tolhendo-lhe o contraditório. O comparecimento do imputado livre perante os juízes assegura não apenas a dignidade do cidadão presumido inocente, mas também que ele esteja em pé de igualdade com a acusação, podendo organizar sua defesa de forma eficaz.

No artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, consta que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”, salvo nos crimes militares. Embora para a prisão em flagrante baste alguma das situações previstas no artigo 302 do Código de Processo Penal⁸, sem maiores fundamentações – o que leva a muitas distorções do instituto, para que se mantenha o imputado no cárcere é necessário motivar a decisão de forma concreta (artigo 93, IX, da Constituição e artigo 315 do diploma processual), sob pena de ofensa a princípios reitores do sistema processual penal, tais como a presunção de inocência.

⁸ Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Como ressalta Araujo (2011), uma importante mudança trazida com a Lei 12.403 foi também a de buscar acabar com a prática costumeira dos tribunais de homologar prisões em flagrante sempre que estivessem formalmente perfeitas. Agora, o suspeito deverá obter a liberdade provisória, ou então seguirá encarcerado a novo título, de prisão preventiva, mas que deverá ser devidamente fundamentada. A custódia em flagrante só durará o tempo necessário para apreciação judicial.

Observe-se, contudo, que tanto o acusado solto como aquele preso em flagrante devem ser vistos como inocentes. Se não se fazem presentes os requisitos da segregação cautelar, o encarcerado precisa ser posto em liberdade, seja com ou sem a imposição de outras medidas provisórias, a depender da análise da situação concreta. A reforma trazida pela Lei 12.403 de 2011 trouxe um aprimoramento no sistema de aplicação das cautelares, somente se admitindo restrições necessárias e adequadas ao caso. Elas devem ser aplicadas de forma gradual, sendo a prisão a “*extrema ratio*” da “*ultima ratio*” (GOMES, 2012). Sabendo que parte muito relevante da população carcerária ainda não foi definitivamente julgada, nota-se a importância e a necessidade de adoção de medidas de desprisionização cautelar, ou descarcerização.

No entanto, percebe-se que a prisão imediata acaba simbolizando uma ilusão de eficiência do aparelho repressor estatal e da própria justiça, o que termina por transformá-la em verdadeira pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa. De fato, muitas vezes o preso provisório está em situação pior que o definitivo: ele não goza de uma série de direitos, tais como saídas temporárias e outros benefícios estabelecidos na Lei de Execuções Penais, além do que, muitas vezes, não é separado dos condenados como a legislação determina (CRUZ, 2006). Ademais, a prisão preventiva não trabalha a ressocialização e, além de incrementar desnecessariamente a população de presos, dificulta o retorno destes à sociedade, já que ficam para sempre marcados pelo estigma de ter estado no cárcere (SANGUINÉ, 2010).

A proporcionalidade é o principal sustentáculo das medidas cautelares e da prisão processual. É ela que deve nortear a conduta do juiz diante do caso concreto. O magistrado deve valorar se o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis* “justificam a gravidade das consequências do ato e a estigmatização jurídica e social que irá sofrer o acusado” (LOPES JR., 2013b, p. 45).

O princípio cumpre dupla função, pois de um lado proíbe o excesso, de forma a limitar ou mesmo afastar intervenções mais onerosas que o devido ao caso concreto; e de outro, busca dar máxima efetividade aos direitos fundamentais. De acordo com Pacelli (2013), essa pauta de interpretação é inerente ao paradigma do Estado de Direito, cuja missão essencial é

identificar, afirmar e realizar os direitos que constituem a base dessa organização político-jurídico-social. Ele pode ser subdividido em três: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação é que diz se a medida cautelar é apta aos seus motivos e fins. Segundo Aury Lopes Jr.,

deve o juiz atentar para a necessidade do caso concreto, ponderando sempre gravidade do crime e suas circunstâncias, bem como a situação pessoal do imputado, em cotejo com as diversas medidas cautelares que estão a seu dispor no art. 319 do CPP. Assim, deverá optar por aquela ou aquelas que melhor acautelem a situação, reservando sempre a prisão preventiva pra situações extremas (2013b, p. 46).

Contudo, deve-se tomar cuidado com as condições pessoais do acusado para não se retroceder a um direito penal do autor.

De acordo com o subprincípio da necessidade, por sua vez, a medida adotada não deve exceder o imprescindível para a realização do resultado almejado. Já a proporcionalidade em sentido estrito significa que o magistrado deve ponderar entre submeter alguém presumidamente inocente à prisão, por um lado, e a necessidade da cautela diante dos elementos probatórios existentes, de outro, lembrando também que a medida provisória adotada não pode ser mais severa que aquela que a substituirá.

Considerando sempre que as medidas cautelares são instrumentos a serviço de um instrumento maior, ao aplicá-las deve-se ter em mente que não visam fazer justiça, mas garantir o funcionamento normal da justiça através do processo penal de conhecimento. Ao impor as restrições, é necessária uma ponderação de princípios, a começar pela presunção de inocência.

O Direito Penal e a pena privativa de liberdade aplicada em decisão condenatória são o último recurso do Estado. Portanto, “muito maiores razões há para que o aprisionamento preventivo (cautelar) tenha seu âmbito de incidência restringido e bem delimitado, enquanto medida excepcional que é” (PACELLI, 2013, p. 40). O encarceramento provisório – e também as outras medidas cautelares, não podem superar em gravidade o próprio Direito Penal, cuja aplicação é almejada no processo.

2.2. A prisão preventiva, seus requisitos e fundamentos

A prisão preventiva é a restrição cautelar clássica do ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 12.403 de 2011 alterou seu tratamento e, conforme Fernandes (2012, p. 292), suas modalidades podem ser divididas em cinco:

a prisão preventiva originária, imposta a pessoa solta (arts. 312 e 313, CPP); a prisão preventiva derivada, resultante de conversão de prisão em flagrante (art. 310, II, CPP); a prisão preventiva sancionatória, decretada em caso de descumprimento de outra medida cautelar (art. 312, par. único, CPP); a prisão preventiva protetiva, aplicada para garantir a atuação de medida protetiva em caso de violência doméstica (art. 313, III, CPP) e a prisão preventiva esclarecedora, determinada para que se esclareça a identidade de pessoa suspeita (art. 313, par. único, CPP).

Em uma escala progressiva de onerosidade às liberdades individuais, entre as cautelares pessoais, a prisão preventiva emerge como a mais gravosa, determinando a privação de liberdade do imputado apesar da condição de inocência firmada constitucionalmente. Enquanto nos três últimos casos os dispositivos esclarecem ao menos superficialmente sua aplicação, a diferença nos dois primeiros é apenas a situação anterior da pessoa, se solta ou presa em flagrante, pois em ambos são necessários os requisitos do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. A aparência do cometimento do delito consiste na existência do crime e em indícios suficientes de autoria, conforme a segunda parte do artigo 312 do CPP. Ele não significa um juízo de certeza, mas sim de probabilidade razoável. Guarda simetria com o *fumus boni iuris* do processo civil, mas não se confunde com ele. Para Lopes Jr. (2013b, p. 89),

exige a existência de sinais externos, com suporte fático real, extraídos dos atos de investigação levados a cabo, em que por meio de um raciocínio lógico, sério e desapassionado, permita deduzir com maior ou menor veemência a comissão de um delito, cuja realização e consequências apresentam como responsável um sujeito concreto.

Para decretação de uma prisão preventiva, deve haver um juízo de probabilidade, em que as razões positivas preponderem sobre as negativas. A conduta deve ser aparentemente típica, ilícita e culpável, não podendo existir causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. A análise do dolo é fundamental: inexistindo elemento subjetivo, a conduta é atípica; e em caso de desclassificação para o tipo culposos, não caberia prisão preventiva. Na lição de Lopes Jr., o juiz deverá em primeiro lugar “analisar todos os elementos que integram o tipo penal, ou seja, conduta humana voluntária e dirigida a um fim, presença de dolo ou culpa, resultado, nexo causal e tipicidade” (2013b, p. 90). Ele acrescenta que tradicionalmente

basta um fato aparentemente típico, inexistindo maiores incursões nos campos da ilicitude e da culpabilidade.

Já o *periculum libertatis* está previsto nas quatro hipóteses constantes da parte inicial do dispositivo mencionado. Ele representa situações fáticas que precisam de proteção, positivados sob o manto da garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. A Lei 12.403/2011 não evoluiu em nada nesse ponto, pelo contrário, foi um retrocesso em relação ao PL n. 4.208/2001, que abandonava as categorias “ordem pública” e “ordem econômica”.

Impende ressaltar que a necessidade de motivação das decisões judiciais se avulta à proporção que os efeitos do ato avançam sobre a restrição a direitos individuais. Dessa forma, quando impõe medidas cautelares pessoais, em especial a prisão, diante de sua excepcionalidade e subsidiariedade, é imprescindível uma cuidadosa exposição de motivos por parte do magistrado.

A garantia da ordem pública é o fundamento mais utilizado, sendo por vezes visto como sinônimo de clamor público, de crime que gera um abalo social, perturbando a tranquilidade da sociedade. Alguns invocam a brutalidade e a gravidade do delito, bem como a credibilidade das instituições da justiça e o risco de reiteração delitiva como fundamento para legitimar a segregação. Para Nucci (2013, p. 88), o conceito de ordem pública remeteria à “gravidade concreta do crime, repercussão social, maneira destacada de execução, condições pessoais negativas do autor e envolvimento com quadrilha, bando ou organização criminosa”.

Já para Pacelli (2013), apesar da pluralidade de sentidos que se pode obter do texto legal, o vocábulo ordem pública indicaria preocupações com a estabilidade e a tranquilidade da comunidade, em relação ao cumprimento das funções inerentes ao Poder Público em tema de segurança pública.

Reforçando as opiniões referidas, Almeida Filho e Cruz (2014) ressaltam que, em razão da indeterminação conceitual do termo, a doutrina e a jurisprudência fazem referência a repercussão social, clamor social, gravidade do fato, periculosidade do agente e etc.

A garantia da ordem econômica, por sua vez, tem pouquíssima utilização prática, e foi incluída por força da Lei 8.884/94, visando evitar reiteração de práticas que gerem vultuosas perdas financeiras ou que coloquem em risco a credibilidade e o funcionamento do sistema financeiro.

A conveniência da instrução criminal deveria ser invocada quando houvesse risco efetivo para a instrução e busca especificamente a tutela da prova. A liberdade do acusado

“coloca em risco a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do processo, seja porque ele está destruindo documentos ou alterando o local do crime, seja porque está ameaçando, constrangendo ou subornando testemunhas, vítimas ou peritos” (LOPES JR., 2013b, p. 94). É incabível a utilização desse argumento para obrigar o imputado a participar de algum ato probatório, já que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Tampouco pode-se usá-lo para fins de interrogatório, pois este ato processual é visto atualmente como direito de defesa, mostrando-se absurdo prender alguém para tanto.

Já o fundamento para assegurar a aplicação da lei penal busca evitar a fuga do imputado, o que tornaria inócua a sentença pela impossibilidade de aplicação da pena. Entretanto, ele deve estar baseado em circunstâncias concretas, que denotem que o imputado tem reais intenções de fugir. Qualquer que seja o fundamento da prisão, deve haver prova razoável do alegado perigo, não bastando presunções ou meras ilações.

Além do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, para imposição do cárcere preventivo ainda é necessária a observância do artigo 313 do Código de Processo Penal⁹, reforçando o critério da adequação da medida imposta antes de sentença condenatória transitada em julgado. Seus incisos e parágrafo único expressam o caráter excepcional e subsidiário da prisão já antecipado em outros artigos do texto legal.

Os condicionamentos do mencionado dispositivo demandam exame da gravidade do fato (pena superior a quatro anos), possibilidade de efetiva aplicação, ao final do processo, de pena privativa de liberdade, ou descumprimento de medidas protetivas à mulher, criança/adolescente, idoso e pessoas enfermas ou com deficiência. O artigo prevê também a hipótese de dúvida sobre a identidade civil do sujeito.

Uma vez que as cautelares são instrumento do instrumento, buscando essencialmente assegurar o bom andamento da investigação e do processo ou a utilidade do provimento jurisdicional final, elas não podem ser mais graves que a sanção imposta eventualmente como pena. Afinal, se o condenado fica solto, não há razão para manter o acusado preso. É por esse motivo que os incisos I e II guardam estreita relação com a possibilidade de substituição da

⁹ Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; IV - (revogado). Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no artigo 44 do Código Penal, bem como com a suspensão condicional da pena, estampada no artigo 77 do mesmo diploma. Ou seja, se de antemão é sabida a probabilidade de suspensão sob condições, ou mesmo de substituição da pena aplicada no decreto condenatório, seria um contrassenso admitir a prisão preventiva, em regra. As exceções ficam por conta do descumprimento de medidas impostas anteriormente, ou em caso de dúvida sobre a identidade, como dito acima. Deve ser ressaltado, no entanto, que a medida excepcional não deve durar tempo superior ao estritamente necessário para cumprir as funções delineadas, sob risco de antecipar de forma agravada a sanção final.

O encarceramento é um mal a ser evitado, especialmente quando sequer existe condenação, considerando seu alto poder de estigmatização e diversos outros problemas sociais que dela decorrem, como o aumento da criminalidade. A violência originária canalizada para conservação do direito posto, se não acompanhada de racionalidade, rompe seus próprios limites e reverte-se contra a estrutura que regulava. Retomando Zaffaroni, Pacelli (2013) diz que existe uma constante tensão entre Estado de Direito e Estado de polícia, pois este fica adormecido no interior daquele, querendo irromper a qualquer momento. Portanto, imprescindível a concreta fundamentação da restrição da liberdade, seguindo estritos parâmetros legais, vez que decisão imotivada ou com motivação inidônea constitui abuso de poder.

É de se observar também que a prisão preventiva pode ser decretada de ofício pelo juiz no curso da ação penal ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou mesmo por representação da autoridade policial quando no curso do inquérito (artigo 311 do CPP). Entretanto, essa postura ativa do julgador remonta ao modelo processual inquisitório, violando o sistema acusatório constitucional no qual ele deve ser apenas expectador, intermediando a atuação das partes – acusação e defesa.

Não se pode negar que a prisão preventiva antecipa efeitos que são próprios de sentença definitiva. Disso decorre que, em um contexto regido pela não culpabilidade, sua aplicação deve estar condicionada a hipóteses bem delimitadas, vinculada a finalidades também restritas.

Apesar de ter uma função autônoma, visto que pode ser aplicada independentemente de outras medidas, substituindo-as ou não, a análise das circunstâncias fáticas é indispensável para aplicação da preventiva. Cabe ao julgador, enquanto garantidor das liberdades individuais, tanto no inquérito quanto no processo, constatar a real necessidade da segregação provisória.

2.2.1. O problema da fundamentação da prisão preventiva com base na garantia da ordem pública (e econômica)

Mais do que as outras justificativas, a garantia da ordem pública é alvo de diversas críticas, principalmente se considerado o caráter instrumental da restrição cautelar e a impossibilidade de antecipação de pena (FERNANDES, 2012). Tendo em vista que, mais do que aplicar o direito material, a finalidade imediata dos procedimentos cautelares é assegurar a eficácia do procedimento definitivo (CALAMANDREI apud LOPES JR., 2013b, p. 107) e que a prisão preventiva “só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório” (DELMANTO JUNIOR, apud LOPES JR., 2013b, p. 108), a garantia da ordem pública não se configura como justificativa cautelar. O mesmo vale para a garantia da ordem econômica.

Embora pudesse ter esclarecido melhor esses fundamentos da prisão preventiva ou mesmo os abolido, o legislador optou por mantê-los inalterados na reforma feita pela nova legislação, permanecendo a redação anterior do Código de Processo Penal de 1941. Ferindo o princípio da legalidade, segundo o qual a norma que restringe liberdade deve ter conteúdo claro e preciso, a garantia da ordem pública é um conceito vago, impreciso e indeterminado, sem nenhum referencial semântico. Remontando ao nazifascismo, cumpre exatamente seu papel de autorização aberta e geral para prender. Até hoje, serve a diferentes senhores, que se utilizam de cláusulas genéricas e indeterminadas para fundamentar seus discursos autoritários e utilitaristas. Vale dizer, as massas são manipuladas ao bel prazer dos detentores de poder. O termo

ganha um contorno transcendente, o qual é preenchido na cadeia de significância – e durante a história – por diversos significantes, dentre eles o divino, a razão, a força, o direito (dos homens), todos vendidos como neutros e capazes de designar uma ordem reguladora de condutas baseadas em interditos, legitimando o uso da força para adequação do laço social (LOPES JR., 2013b, p. 109).

A imprecisão semântica da expressão acaba permitindo a inclusão das mais variadas situações no seu conceito. Dessa forma, abre-se a possibilidade de encarceramento preventivo sem caráter propriamente cautelar. As funções de prevenção geral e especial, além do caráter retributivo, são exclusivas da pena, porém, na medida em que o legislador pretendeu tutelar a segurança pública, acabou por desvirtuar o sentido da prisão provisória, atribuindo-lhe funções de prevenção estranhas à sua natureza.

Na visão de Odone Sanguiné (apud LOPES JR., 2013b, p. 110),

quando se argumenta com razões de exemplaridade, de eficácia da prisão preventiva na luta contra a delinquência e para restabelecer o sentimento de confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico, aplacar o clamor público criado pelo delito etc. que evidentemente nada tem a ver com os fins puramente cautelares e processuais que oficialmente se atribuem à instituição, na realidade, se introduzem elementos estranhos à natureza cautelar e processual que oficialmente se atribuem à instituição, questionáveis tanto desde o ponto de vista jurídico-constitucional como da perspectiva político-criminal. Isso revela que a prisão preventiva cumpre funções reais (preventivas gerais e especiais) de pena antecipada incompatíveis com sua natureza.

De acordo com Pacelli (2013), a decretação de cautelares nem sempre cumpre a função instrumental que lhe é devida, mas assume uma função extrainvestigatória – se no curso do inquérito, ou extraprocessual – se durante o processo. Tal se verificaria nos casos de imposição da preventiva para garantia da ordem pública (e econômica também). Nessas situações, a medida não estaria voltada para o acautelamento do processo, mas para questões típicas de segurança pública, como a reiteração delitiva. Apesar de criticar a manutenção da expressão garantia da ordem pública no ordenamento pátrio, o autor chega a defendê-la em alguns momentos. Para ele, um passo seria delimitar contornos mínimos que permitam a aplicação segura da hipótese de prisão que ela consagra. Outro passo seria a indicação de delitos, cujos meios de execução, somados às condições pessoais do agente, pudessem permitir um juízo seguro por parte do magistrado.

Conforme o entendimento do doutrinador, a gravidade do crime, associada à quantidade de pena e a possíveis antecedentes, seriam um elemento significativo para apuração do risco de novas infrações. Ademais, se revelada que a motivação do agente permanece, seriam maiores as possibilidades de reincidência delituosa. Ele esclarece que, embora exista a lei penal para impedir a prática de novos crimes, isso ocorre em um plano abstrato, existindo um lapso temporal para apuração dos fatos que podem justificar a previsão do cárcere, desde que delimitada rigorosamente sua aplicação.

Contudo, utilizar a prisão processual para punir e ressocializar o acusado, a fim de que não mais infrinja a lei, bem como tentar desestimular outras pessoas ao cometimento dos mesmos crimes, são fins exclusivos da pena, não se podendo atribuir à prisão provisória essas características sob pena de punição antecipada, devendo-se ressaltar que todo acusado é inocente até prova em contrário. Na opinião de Aury Lopes Jr., “Quando se tutelam situações de perigo cujo objeto não é a prova ou a efetividade do processo (risco de fuga), como sucede

na tutela da ordem pública e econômica, a prisão cautelar se converte em medida de segurança” (2013b, p. 113).

Para Ferrajoli, argumentos de prevenção e defesa social, objetivando impedir que o imputado cometa outros crimes, fazem pesar sobre ele “uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva”, o que “equivale de fato a uma presunção de culpabilidade”. O jurista italiano ainda diz que, ao atribuir à prisão preventiva “as mesmas finalidades e o mesmo conteúdo aflitivo da pena”, estar-se-á privando-a “daquele único argumento representado pelo sofisma segundo o qual ela seria uma medida “processual”, “cautelar” ou até mesmo “não penal”, ao invés de uma ilegítima pena sem juízo.” (2014, p. 509). O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Brasileira impõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Assim, o uso de restrição cautelar divorciada da função de garantir estritamente a efetividade do processo de conhecimento afronta a presunção de inocência.

O risco de reiteração de delitos, “Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros” (LOPES JR., 2013b, p. 115). Somente a observância das circunstâncias concretas do fato, além de investigações contundentes que apontem que o acusado têm atuado em concurso de pessoas para comissão de crimes ou se realiza atividades criminosas habitualmente, como tem feito o direito comparado, poderia servir de parâmetro, mas com as ressalvas já feitas.

Tão problemático quanto os argumentos citados, é a justificativa de necessidade de segregação para restabelecimento da credibilidade das instituições da justiça. Tal justificativa remete a um estado policalesco e autoritário, mostrando-se preocupante que o poder público precise utilizar a prisão para legitimar-se. A função de garantidor dos direitos fundamentais atribuído aos magistrados é abandonada em uma luta contra os hereges.

Embora a população associe à prisão preventiva finalidades diretamente repressivas, tampouco o clamor público é um fundamento válido. O processo penal não é feito para atender as maiorias, mas pelo contrário, para defender aqueles indivíduos que, embora suspeitos, não podem ser considerados culpados sem provas (FERRAJOLI, 2014).

Diante desse quadro, observa-se que a prisão preventiva, principalmente quando fundada na garantia da ordem pública, se assemelha muito a uma tutela antecipada do processo civil. Embora não seja aplicada na intenção de efetivar imediatamente o direito de punir, seus efeitos práticos dão o mesmo resultado (ALVES; VILELA, 2014, p. 191).

2.2.2. A conveniência da instrução criminal e o risco para aplicação da lei penal como fundamentos cautelares

Quanto à conveniência da instrução criminal e ao risco de aplicação da lei penal, eles são fundamentos efetivamente cautelares, na medida em que buscam assegurar o regular e eficaz funcionamento do processo penal. É o que Pacelli (2013) chama de cautelar endopersecutória, justamente por tutelar o desembaraço do próprio processo ou da investigação. Entretanto, é preciso observar no caso concreto se o encarceramento preventivo é mesmo necessário. Deve-se diferenciar a necessidade de mera conveniência para o Estado. Para Lopes Jr., “no que se refere à tutela da prova, existem outras formas e instrumentos que permitem sua coleta segura com um custo (social e para o imputado) infinitamente menor que o de uma prisão cautelar” (2013b, p. 121). Ferrajoli (2014) afirma que não há necessidade de conter o acusado por tempo superior ao estritamente necessário para averiguar as provas, ou mesmo colher seu interrogatório.

Com relação ao perigo de fuga, o jurista italiano ressalta que ela é causada mais pelo medo da prisão preventiva do que da própria sentença. Só que a presunção de inocência leva a que também se presuma a obediência do imputado ao chamamento do Estado. Nas palavras de Voltaire: “Oh juízes, quereis que o inocente acusado não escape, pois facilita-lhe os meios para defender-se” (apud LOPES JR., 2013b, p. 124).

O maior problema é que a prisão preventiva e demais cautelares se inserem na “lógica do sofrimento” (CRUZ, 2006, p.11), segundo a qual a restrição cautelar possibilita impor imediatamente uma punição, representando a brecha para exercer uma violência contra quem praticou uma violência. Assim, quer-se que a pessoa sofra na carne o mal causado. Ainda que compreensível, é uma lógica perversa e que só gera mais violência, degradando valores mínimos para coexistência em sociedade.

2.3. A duração da preventiva e a razoável duração do processo

Apesar das críticas, no conjunto, o regime da Lei 12.403 de 2011 é melhor do que aquele previsto originariamente no Código de Processo Penal de 1941. Todavia, um problema que ainda persiste é a questão da duração da prisão preventiva.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, o magistrado deve aplicar ao caso a medida mais adequada, de modo que não haja excesso. Isso significa também que a prisão – ou qualquer outro tipo de medida, não pode durar além do tempo razoável. De acordo com Gomes (2012, p. 60), eis o significado do direito de ser julgado em um prazo razoável: “toda

pessoa acusada de um delito (presa ou em liberdade) tem o direito de ser julgada sem dilações indevidas (sem demora) ou ser colocada em liberdade (quando está recolhida)”.

A Constituição Brasileira prevê expressamente a garantia da duração razoável do processo no artigo 5º, inciso LXXVIII. Ademais, diversos tratados dos quais o país é signatário consagram esse direito do acusado¹⁰. Em que pese a prescrição de alguns prazos pelo Código de Processo Penal, eles não são observados, como regra, inexistindo a aplicação de qualquer sanção pelo seu descumprimento.

Quanto ao tempo da prisão cautelar, com exceção da prisão temporária, regulada pela Lei 7.960 de 1989, não existe uma regra geral que coloque um termo certo para sua duração – é o que Aury Lopes Jr. (2007) chama de doutrina do “não-prazo”. Contudo, o direito jurisprudencial criou entendimento de que o julgamento de réu preso teria que observar o limite de 81 dias previsto para duração do procedimento comum ordinário – resultado da soma dos atos isolados, sob pena de ficar configurado o excesso de prazo na formação da culpa, caracterizando constrangimento ilegal à liberdade de locomoção, passível, então de *habeas corpus*, mas sem prejuízo da continuidade do processo.

Esse limite foi sensivelmente alterado pelas modificações operadas no Código de Processo Penal em 2008. No artigo 400 do diploma legislativo, passou a constar que a audiência de instrução e julgamento no procedimento ordinário deve ser realizada em 60 dias, o que seria diferente nos processos de competência do júri popular, em que a primeira fase deve terminar em 90 dias, e também no rito sumário, no qual a previsão de realização da audiência é de 30 dias. Lima (2014) esclarece que, com o novo procedimento comum ordinário, o encerramento do processo criminal pode se dar entre 95 e 190 dias, se somados os prazos de todos os atos, sem contar a movimentação cartorária. Já na contagem de Pacelli (2013), a soma dos prazos processuais, estando o acusado preso, resultam 86 dias, sem as possíveis prorrogações. Alguns tribunais também têm tentado estipular uma limitação, a exemplo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios¹¹.

¹⁰ Exemplo disso é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, que prevê que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável” (artigo 8º, 1), além de que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade” (artigo 7º, 5) e “Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora...” (artigo 7º, 6).

¹¹ A Instrução nº 01, de 21 de fevereiro de 2011, da Corregedoria do TJDF, estabelece no artigo 1º, parágrafo único, que “Estando o acusado preso, a duração razoável do processo criminal é de 105 (cento e cinco) dias, não podendo ultrapassar 148 (cento e quarenta e oito) dias, no procedimento ordinário, de 75 (setenta e cinco) dias, no procedimento sumário, e de 135 (cento e trinta e cinco) dias,

Na falta de previsão específica, esses limites servem de guia. Mas a constante mitigação de acordo com a conveniência acaba por afastá-los dos casos concretos. A Súmula 52 do Superior Tribunal de Justiça diz que “Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento por excesso de prazo”. Assim, se entre a audiência e a prolação da sentença decorrem meses ou até mesmo anos, o acusado não poderia alegar violação a direito seu, mesmo estando preso por tempo excessivo. Em muitos casos essa súmula se revela inconstitucional e afronta diretamente o princípio da proporcionalidade¹².

A quantidade de testemunhas, a multiplicidade de réus e defensores, bem como a complexidade do caso, são levantados como justo motivo para se aceitar um atraso no julgamento e também na duração das medidas cautelares. Também quando o excesso é atribuído à defesa, argumenta-se que não haveria constrangimento ilegal, conforme a Súmula 64 do STJ¹³. Contudo, toda restrição que dura muito tempo deveria ser revisada pelo juiz obrigatoriamente, pois o excesso de prazo e o abuso não se compatibilizam com o princípio da proporcionalidade e da razoável duração do processo¹⁴.

Segundo Gomes (2012), seria recomendável a elaboração de um novo texto de lei, que desse sentido mais concreto a expressões como “julgamento sem demora”, “prazo razoável” ou “julgamento sem dilações indevidas”, haja vista a vagueza e indeterminação dos conteúdos que abarcam; também seria importante distinguir que duração irrazoável não é o mesmo que descumprimento de apenas um prazo processual, além disso, deveria se contemplar a garantia em exame sob três aspectos: prestacional, no sentido que a justiça conheça, julgue e execute os casos dentro do tempo estabelecido; mandamental, de forma que, quando constatada infringência à garantia, se mande julgar o processo com prioridade; e reparatório, pois diante da impossibilidade de se restabelecer o tempo consumido pela dilação excessiva, a lei deveria contemplar uma indenização a quem teve violado seu direito de julgamento sem demora indevida¹⁵.

não podendo ultrapassar 178 (cento e setenta e oito) dias, na primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri”.

¹² No mesmo sentido a Súmula 21 daquele tribunal superior: “Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo da instrução”.

¹³ Súmula 64 do Superior Tribunal de Justiça: “Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução provocado pela defesa”.

¹⁴ Nas palavras de Rui Barbosa (apud GOMES, 2012, p. 61), “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta.”

¹⁵ Um bom exemplo é o Paraguai, que ao invés de alterar constantemente o Código de Processo Penal nacional, construindo uma verdadeira colcha de retalhos como o Brasil, optou por fazer um novo diploma, norteado pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Lá, o prazo máximo de duração do processo penal é de três anos, sob pena de extinção, existindo também um limite para a fase de investigação que, se superado, terá o mesmo resultado anteriormente apontado. Quanto à prisão

A provisionalidade é um dos princípios básicos das medidas cautelares, pois tutelam uma situação fática. Desaparecido o suporte fático legitimador da medida, deve cessar a prisão. Ademais disso, a restrição cautelar deve ser marcada pela provisoriedade, caracterizando-se pela breve duração. Durante a tramitação do PL n. 4.208 de 2001, que deu origem à Lei 12.403 de 2011, tentou-se estabelecer um prazo máximo, inscrito no artigo 315-A, segundo o qual “a prisão preventiva terá duração máxima de 180 dias em cada grau de jurisdição, exceto quando o investigado ou acusado tiver dado causa à demora”. Entretanto, o dispositivo foi vetado e esse problema histórico não foi resolvido. A não inclusão do dever de reexaminar a prisão preventiva a cada 60 dias, que vinha prevista no § 7º do artigo 282 também representou grande perda rumo à eficácia do direito ao processo penal no prazo razoável.

Não existe pena sem processo e o processo, em si, já é uma pena, diante do cruel tormento da incerteza. Para Lopes Jr. (2007), a concepção de poder passa pelo conceito de temporalidade, pois o verdadeiro detentor do poder é quem está em condições de impor aos outros o seu próprio tempo. Se a duração do processo além do limite da razoabilidade fere direitos e garantias fundamentais, isso fica mais evidente quando se está diante de uma prisão preventiva, que só se justifica nos limites estreitos de sua cautelaridade.

Um Estado que não está convenientemente aparelhado não pode exigir que seus cidadãos, presumidos inocentes até sentença condenatória irrecorrível, fiquem presos ou submetidos a medidas provisórias por tempo excessivo. Isso viola a dignidade da pessoa humana, aumenta a estigmatização, e escancara a lentidão judiciária, gerando a perda de confiança na sua capacidade de gerenciar conflitos, sobretudo penais.

2.4. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Visando compreender como a Suprema Corte brasileira entende a prisão cautelar diante da proibição de antecipação da sanção penal, foi feita uma pesquisa de jurisprudência em seu sítio eletrônico com os seguintes argumentos: prisão cautelar e antecipação de pena. Como recorte temporal, estabeleceu-se a data inicial em 01/01/2010 e, assim, analisaram-se julgados dos últimos cinco anos. Foram encontrados treze documentos, contudo, o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 122168/PE não será objeto de estudo mais detido porque a questão primordial tratava de nulidade relacionada à procuração do advogado da parte, sendo

cautelar, se um recurso contra ela não for julgado no prazo fixado no Código, pode-se exigir que o despacho saia em 24 horas. Caso assim não ocorra, entende-se que a liberdade foi deferida (LOPES JR., 2007).

o cárcere aventado apenas como pano de fundo. Também não serão abordados os acórdãos cuja análise de mérito foi obstada pela incidência da Súmula 691 do STF¹⁶, excluindo-se, portanto, os *habeas corpus* 122081/SP e 121905/RJ. Os demais acórdãos serão expostos a seguir, do mais recente para o mais antigo.

O primeiro deles, *habeas corpus* 126846/SP, julgado em 17 de março de 2015, foi assim ementado:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DELITO DE ROUBO. PRISÃO CAUTELAR BASEADA NA GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO E NA PRESUNÇÃO DE INTERFERÊNCIA NA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 1. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para qualquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. 2. O decreto prisional não descreve, com base em informações concretas, a necessidade de resguardar a ordem pública, não sendo suficiente, para esse fim, a invocação da gravidade abstrata do delito. Precedentes. 3. As afirmações de possibilidade de reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal não estão apoiadas em nenhum elemento dos autos, tratando-se, portanto, de meras presunções, o que é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Corte. 4. Ordem concedida para revogar a prisão preventiva imposta ao paciente, ressalvada a hipótese de o juízo competente impor, considerando as circunstâncias de fato e as condições pessoais do paciente, medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ordem estendida aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal.

O Ministro Teori Zavaski, relator do caso, destacou em seu voto que a prisão preventiva é a cautelar mais grave do processo penal, desafiando a própria presunção de inocência e que não pode, jamais, configurar antecipação de pena. Diante da vagueza e imprecisão dos argumentos utilizados na conversão da prisão em flagrante em preventiva, entendeu-se pela necessidade de soltura do paciente, pois a gravidade abstrata do delito não é suficiente para mantê-lo encarcerado. Ademais, as afirmações de possibilidade de reiteração delitiva e interferência na instrução não tinham apoio em nenhum elemento concreto, o que, nas palavras do julgador, “é rechaçado categoricamente pela jurisprudência desta Corte” (p.4). Dessa forma, a ordem foi concedida.

¹⁶ Súmula 691: Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de “habeas corpus” impetrado contra decisão do relator que, em “habeas corpus” requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar.

A mesma linha de pensamento foi seguida no *habeas corpus* 125555/PR, julgado em 10 de fevereiro de 2015, de relatoria do mesmo Ministro, cuja ementa dispõe:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DE MINISTRO DO STJ. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. PRISÃO PREVENTIVA. MANIFESTA ILEGALIDADE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691 DO STF. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR DO PACIENTE. RISCO À APLICAÇÃO DA LEI PENAL. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ELEMENTOS CONCRETOS. PRESUNÇÃO DE FUGA. PRECEDENTES. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM. 1. À vista da Súmula 691 do STF, de regra, não cabe ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator pela qual, em habeas corpus requerido a tribunal superior, não se obteve a liminar, sob pena de indevida – e, no caso, dupla – supressão de instância, ressalvadas situações em que a decisão impugnada é teratológica, manifestamente ilegal ou abusiva. Precedentes. A hipótese dos autos, todavia, autoriza a superação dessa regra procedimental. 2. A impetração de habeas corpus mostra-se inviável para digressões de fundo que impliquem revolver fatos e provas, com vistas, por exemplo, a refutar conclusão fixada pelo juízo de primeira instância acerca da competência por conexão para processar e julgar ação penal, cuja questão sequer foi esgotada pelas instâncias ordinárias na via processual adequada. Precedentes. 3. A invocação, por instância superior, de outros fundamentos para justificar a decretação da prisão preventiva impugnada representa não um mero reforço argumentativo, mas a inovação da causa determinante da cautelar, com o objetivo de suplementar a decisão originária, o que não tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. Segundo o art. 312 do Código de Processo Penal, a preventiva poderá ser decretada quando houver prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria, mais a demonstração de um elemento variável: (a) garantia da ordem pública; ou (b) garantia da ordem econômica; ou (c) por conveniência da instrução criminal; ou (d) para assegurar a aplicação da lei penal. Para qualquer dessas hipóteses, é imperiosa a demonstração concreta e objetiva de que tais pressupostos incidem na espécie, assim como deve ser insuficiente o cabimento de outras medidas cautelares, nos termos do art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal. 5. No caso, o decreto prisional restringiu-se a valorar a existência de indícios de que o investigado manteria expressiva quantidade de dinheiro no exterior e poderia, em razão disso, fugir do país, subtraindo-se à jurisdição criminal. 6. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido da impossibilidade de decretação da prisão preventiva com base apenas em presunção de fuga. Precedentes. 7. Ordem parcialmente concedida, nos termos da liminar deferida.

Aqui, foi superada a Súmula 691 do STF e adentrou-se o mérito da causa, sob o argumento de que era possível constatar, de plano, a ausência de fundamentação válida para custódia preventiva. A decretação do cárcere em um primeiro momento se lastreou na aplicação da lei penal, entretanto, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região e no Superior Tribunal de Justiça, foram aduzidas a conveniência da instrução criminal e a garantia da

ordem pública. Como se vê do voto do relator, “eventual invocação de qualquer um desses outros fundamentos pela instância superior representaria não um mero esforço argumentativo, mas a inovação da causa determinante da preventiva, o que não tem o beneplácito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal” (p.6), configurando, efetivamente, *reformatio in pejus*. Por outro lado, a mera presunção de fuga, sem fundamento em atos concretos atribuídos ao paciente, também não seria motivo idôneo para mantê-lo segregado, mostrando-se suficientes outras medidas cautelares.

O terceiro acórdão sob análise, *habeas corpus* 122072/SP, julgado em 02 de setembro de 2014, trata de ato infracional. Contudo, ele traz interessantes considerações a respeito da antecipação da tutela jurisdicional de mérito, razão pela qual deve ser abordado. Diz a ementa:

Habeas corpus. Ato infracional. Roubo qualificado. Artigo 157, § 2º, II, do Código Penal. Medida socioeducativa de internação. Insurgência contra sua imposição, sob o fundamento de que a sentença não indicou as razões pelas quais as medidas em meio aberto ou semiaberto não seriam adequadas à ressocialização do paciente. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Apreciação per saltum. Impossibilidade. Supressão de instância configurada. Precedentes. Internação provisória. Revogação, no curso da instrução, pelo juízo de primeiro grau. Aplicação, na sentença, de medida socioeducativa de internação, com determinação de sua imediata execução, “independentemente da interposição de recurso”. Inadmissibilidade. Inexistência de motivação idônea. Internação que, antes do trânsito em julgado da sentença, não se desveste de sua natureza cautelar. Hipótese que traduz antecipação da tutela jurisdicional de mérito, incompatível com a presunção de inocência como “norma de tratamento”. Princípio que tem aplicação ao processo de apuração de ato infracional. Apelação, ademais, que deve ser recebida no seu efeito devolutivo e suspensivo, nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, caput, do Código de Processo Civil. Constrangimento ilegal manifesto. Superação, nesse ponto, do óbice processual representado pela Súmula nº 691 do Supremo Tribunal Federal. Conhecimento parcial da impetração. Ordem, nessa parte, concedida. 1. Como o Superior Tribunal de Justiça não se pronunciou sobre a adequação ou não da medida socioeducativa de internação às condições pessoais do paciente, sua apreciação, de forma originária, pelo Supremo Tribunal Federal, configura inadmissível supressão de instância. Impossibilidade de a Suprema Corte analisar, per saltum, questão ainda não submetida ao crivo da instância antecedente. Precedentes. 2. Não compete ao Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula nº 691, conhecer de habeas corpus contra decisão de relator que, em habeas corpus requerido a Tribunal Superior, indefere liminar, salvo hipótese de flagrante ilegalidade apta a ensejar o afastamento, em caráter excepcional, desse óbice processual, o que se constata na espécie. 3. O princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), como norma de tratamento, veda a imposição de medidas cautelares automáticas ou obrigatórias, isto é, que decorram, por si sós, da existência de uma imputação e, por essa razão, importem em verdadeira antecipação de pena. 4. A presunção de inocência se aplica ao processo em que se apura a

prática de ato infracional, uma vez que as medidas socioeducativas, ainda que primordialmente tenham natureza pedagógica e finalidade protetiva, podem importar na compressão da liberdade do adolescente, e, portanto, revestem-se de caráter sancionatório-aflitivo. 5. A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos. 6. Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida. 7. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal e no art. 106 da Lei nº 8.069/90, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, “independentemente da interposição de recurso”. 8. Nos termos do art. 198 da Lei nº 8.069/90 e do art. 520, caput, do Código de Processo Civil, a apelação interposta contra sentença que impõe medida socioeducativa de internação deve ser recebida em seu efeito devolutivo e suspensivo, uma vez que não importa em “decidir o processo cautelar” nem em “confirmar a antecipação dos efeitos da tutela” (art. 520, IV e VII, do Código de Processo Civil). Inadmissível, portanto, sua execução antecipada. 9. Somente a interpretação sistemática do art. 108, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90 – no sentido de que, antes do trânsito em julgado, admite-se apenas internação de natureza cautelar, cuja necessidade cumpre ao juiz demonstrar - autoriza imunizar a internação cautelar contra o efeito suspensivo da apelação. 10. Ordem concedida, para determinar a desinternação do paciente, a fim de que aguarde, em liberdade, o trânsito em julgado da sentença que lhe impôs a medida socioeducativa de internação, salvo a superveniência de fatos que justifiquem a adoção dessa providência cautelar.

O caso também trata de superação da Súmula 691 da Corte Suprema, haja vista o constrangimento ilegal imposto ao paciente. Fazendo-se um paralelo entre a internação provisória prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e as medidas cautelares pessoais, o relator, Ministro Dias Toffoli, ressaltou a importância de se observar a presunção de inocência como norma de tratamento, o que implica a vedação de restrições automáticas ou obrigatórias, que importam em verdadeira antecipação de pena. Destaca-se do voto que:

A presunção de inocência, aqui, imbrica-se com outros direitos fundamentais, uma vez que a prisão provisória, derivada meramente da imputação, desveste-se de sua indeclinável natureza cautelar, perde o seu caráter de excepcionalidade (art. 5º, LXVI, CF), traduz punição antecipada, viola o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e resulta no tratamento do imputado como culpado. (p. 9)

Considerando a natureza cautelar, e não satisfativa, da internação provisória e também da prisão preventiva, salientou-se a necessidade de demonstrar o *periculum libertatis*, já que em hipótese alguma elas podem ser impostas como mera antecipação dos efeitos do

provimento jurisdicional futuro. Assim, foi determinado que o menor aguardasse o trânsito em julgado da sentença em liberdade.

Nesse mesmo sentido foi o quarto documento em análise, *habeas corpus* 121727/SP, julgado em 03 de junho de 2014, que também tratava de ato infracional e foi assim ementado:

HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE AMEAÇA E DE LESÃO CORPORAL. CONDENAÇÃO. APLICAÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CUMPRIMENTO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA 691/STF. 1. Em casos teratológicos e excepcionais, como na hipótese, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. Alteração da jurisprudência desta Suprema Corte a partir do julgamento do HC 84.078/MG (Pleno, Rel. Min. Eros Grau, por maioria, j. 05.02.2009, Dje-035, de 25.02.2010), no sentido de que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP”. 3. O comando de cumprimento imediato da medida socioeducativa de internação, exarado em antecipação de tutela concedida em agravo de instrumento manejado contra a decisão da magistrada singular de soltura da paciente, encontra óbice, ausente motivação válida, no princípio da não culpabilidade, uma vez incorrente o trânsito em julgado do acórdão em que imposta. 4. Ordem concedida.

Entendeu a relatora, Ministra Rosa Weber, que “ofende o princípio da não-culpabilidade a execução da pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CPP” (p. 3). Novamente traçado um paralelo com a internação provisória prevista na legislação infanto-juvenil, determinou-se a concessão da ordem. Destaque-se, contudo, que não foram aduzidos maiores comentários a respeito do que seriam os fundamentos para decretação do cárcere preventivo.

No *habeas corpus* 112849/ES, julgado em 27 de novembro de 2012, embora tenha-se julgado extinto o writ por inadequação da via eleita, os magistrados efetivamente entraram no mérito. Consta da ementa:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO. 1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a

Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. 2. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é princípio cardeal do processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática dos crimes, duplo homicídio praticado com requintes de crueldade, revelam a periculosidade do agente, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 4. Não se reconhece excesso de prazo da prisão cautelar se a demora para o julgamento é imputável a recursos protelatórios da Defesa. 5. Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.

Enquanto o relator quis conceder a liberdade ao paciente de ofício diante da ausência de fundamentos para manutenção do cárcere e excesso de prazo, os demais Ministros – Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli – entenderam que estavam presentes a materialidade e indícios de autoria de crimes graves, assassinatos com prévio sequestro e tortura, indicando a periculosidade dos agentes e o risco à ordem pública. Destaca-se do voto da Ministra Rosa Weber que a presunção de inocência, apesar da relevância, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final do processo, desde que necessárias e que não sejam “prodigalizadas”. Quanto ao excesso de prazo, entendeu-se que a relativa complexidade do caso, além da interposição de recursos pela defesa justificariam a dilação temporal. Assim, manteve-se a prisão.

Com base nos mesmos argumentos expostos acima, o recurso ordinário em *habeas corpus* 108440/DF, julgado em 03 de abril de 2012, também teve a ordem denegada. Ele foi assim ementado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS RECEBIDO COMO HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ORDEM DENEGADA. 1. A presunção de inocência, ou de não culpabilidade, é

princípio cardeal no processo penal em um Estado Democrático de Direito. Teve longo desenvolvimento histórico, sendo considerada uma conquista da humanidade. Não impede, porém, em absoluto, a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo, exigindo apenas que essas sejam necessárias e que não sejam prodigalizadas. “A antecipação cautelar da prisão”, conforme lição do eminente Ministro Celso de Mello, “não se revela incompatível com o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade” (HC 94.194/CE, decisão monocrática, 28.8.2008, DJE nº 165, de 2.9.2008). Não constitui um véu inibidor da apreensão da realidade pelo juiz, ou mais especificamente do conhecimento dos fatos do processo e da valoração das provas, ainda que em cognição sumária e provisória. O mundo não pode ser colocado entre parênteses. O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam risco de reiteração delitiva e a periculosidade do agente, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar para resguardar a ordem pública, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria. 2. O fato do acusado estar foragido há cerca de três anos, tendo conhecimento do processo, justifica a manutenção da prisão preventiva para garantia da aplicação da lei penal. 3. Na espécie, a decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está devidamente fundamentada e embasada em elementos concretos comprobatórios de sua necessidade. 4. O tema da extensão ao paciente da liberdade provisória concedida ao corréu não foi debatido pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impossibilita seu conhecimento diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de supressão de instância. 5. Ordem denegada.

No caso, ressaltou-se que, além da materialidade e dos indícios de autoria, havia depoimentos dando conta de que o paciente e outros suspeitos pretendiam cometer outro assassinato, mostrando-se presente, então, o risco de reiteração delitiva. Destaque-se que no voto, a própria Ministra Rosa Weber, relatora, traz precedente se referindo a “antecipação cautelar da prisão” e que esta não se revelaria incompatível com o princípio da presunção de não culpabilidade. Ademais, o paciente estaria foragido há três anos, justificando-se a manutenção da segregação preventiva para garantia da aplicação da lei penal.

O sétimo acórdão em análise, *habeas corpus* 108314, foi julgado em 13 de setembro de 2011 e assim ementado:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA EM CONTINUIDADE DELITIVA (CP, art. 299 c/c art. 71). CITAÇÃO POR EDITAL. RÉU NÃO ENCONTRADO NO ENDEREÇO QUE FORNECEU EM JUÍZO. PRISÃO PREVENTIVA: CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. JUSTIFICATIVA EM ELEMENTOS CONCRETOS. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A SEGREGAÇÃO CAUTELAR E O CUMPRIMENTO DE PENA

EVENTUALMENTE CONCRETIZADA. INEXISTÊNCIA. SITUAÇÕES DISTINTAS. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA, QUANDO PRESENTES OS FUNDAMENTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA. 1. A citação por edital é válida quando o acusado, ostentando a condição de foragido, não é encontrado no endereço que forneceu ao juízo. 2. In casu, o paciente foi citado em ação penal por crime de falsidade ideológico em continuidade delitiva, por falsificar carteira da OAB pertencente a advogado que o contratara como estagiário e utilizá-la reiteradamente como se dele fosse em varas federais e em juízos estaduais. 3. A prisão preventiva foi decretada com supedâneo na conveniência da instrução criminal, na garantia da aplicação da lei penal, em razão de o paciente, ostentando a condição de foragido, ter fornecido endereço não condizente com o declarado em juízo, em três ações penais, não ter atendido à citação ficta, e ser contumaz na prática de estelionatos, Fundamentos considerados idôneos, consoante a jurisprudência desta Corte: HC 102.684/SP, Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 17/09/10; HC 93.335/MS, Min. CARLOS BRITTO, Segunda Turma, DJe de 17/04/09; HC 88.515/RN, SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ de 04/08/2006; HC 89.266/GO, RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 29/06/07 e HC 84.095, JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 02/08/05. 4. A prisão cautelar e o cumprimento da pena são, obviamente, coisas distintas, sendo impertinente falar-se em desproporcionalidade da segregação ante tempus com eventual cumprimento da pena a ser concretizada, uma vez que aquela visa, na espécie, ao trâmite desembaraçado do processo, à garantia da aplicação da lei penal e à preservação da ordem pública, e não à antecipação do cumprimento da pena. 5. Condições pessoais, como primariedade, bons antecedentes e residência fixa não impedem a prisão cautelar quando presentes seus pressupostos e requisitos. Precedentes: HC 98157/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 25/10/2010; HC 98754/SP, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 99936/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 11/12/2009; HC 84.341, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 04.03.2005. 6. Ordem denegada.

Nele, consignou-se que a condição de foragido do paciente revela a intenção de conturbar o andamento das ações a que responde, justificando o mandado de prisão por conveniência da instrução criminal, além de induzir à conclusão de que ele pretende se furtar à aplicação da lei penal. Ademais, consignou-se que:

A alegada desproporcionalidade entre a prisão cautelar e o cumprimento de pena que eventualmente venha a ser concretizada é de todo impertinente, uma vez que a finalidade da segregação *ante tempus* não guarda qualquer relação com o cumprimento da pena, mas, *in casu*, o nítido propósito de assegurar o trâmite regular do processo, garantir a aplicação da lei penal e a preservação da ordem pública, considerada a comprovada contumácia do paciente em crime de estelionato, em harmonia com a jurisprudência desta Corte. (p. 7)

Diante disso, condições pessoais favoráveis foram reputadas insuficientes para assegurar a liberdade.

Já no *habeas corpus* 105556/SP, julgado em 07 de dezembro de 2010, a liberdade do paciente foi concedida em acórdão assim ementado:

“HABEAS CORPUS” - PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM APOIO NA GRAVIDADE OBJETIVA DO DELITO - FUNDAMENTO INSUFICIENTE QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR - INDISPENSABILIDADE DA VERIFICAÇÃO CONCRETA DE RAZÕES DE NECESSIDADE SUBJACENTES À UTILIZAÇÃO, PELO ESTADO, DESSA MEDIDA EXTRAORDINÁRIA - DECRETABILIDADE DA PRISÃO CAUTELAR - POSSIBILIDADE, DESDE QUE SATISFEITOS OS REQUISITOS MENCIONADOS NO ART. 312 DO CPP - SITUAÇÃO EXCEPCIONAL NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA IDÔNEA - CONSIDERAÇÃO, PELO MAGISTRADO DE PRIMEIRO GRAU, DE QUE A SUPOSTA EXISTÊNCIA DE PROCESSO PENAL EM CURSO LEGITIMA A UTILIZAÇÃO, CONTRA A PACIENTE, DA MEDIDA EXCEPCIONAL DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE - INADMISSIBILIDADE - INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes. A GRAVIDADE EM ABSTRATO DO CRIME NÃO CONSTITUI FATOR DE LEGITIMAÇÃO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE. - A natureza da infração penal não constitui, só por si, fundamento justificador da decretação da prisão cautelar daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado. Precedentes. A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO

FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL. - A prerrogativa jurídica da liberdade - que possui extração constitucional (CF, art. 5º, LXI e LXV) - não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem. Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível - por efeito de insuperável vedação constitucional (CF, art. 5º, LVII) - presumir-lhe a culpabilidade. Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes. SITUAÇÕES JURÍDICO-PROCESSUAIS AINDA NÃO DEFINIDAS POR DECISÃO IRRECORRÍVEL DO PODER JUDICIÁRIO NÃO PODEM REPERCUTIR EM DESFAVOR DO RÉU. - A mera sujeição de alguém a simples investigações policiais (arquivadas ou não) ou a perseguições criminais ainda em curso não basta, só por si - ante a inexistência, em tais situações, de condenação penal transitada em julgado -, para justificar o reconhecimento de que o réu não possui bons antecedentes ou, então, para legitimar a imposição de sanções mais gravosas, como a decretação de prisão cautelar, ou a denegação de benefícios de ordem legal. Somente a condenação penal transitada em julgado pode justificar a adoção, contra o indiciado, réu ou sentenciado, de medidas restritivas de direitos, inclusive no âmbito processual, pois, com o trânsito em julgado, descaracteriza-se a presunção “*juris tantum*” de inocência do réu, que passa, então, a ostentar o “*status*” jurídico-penal de condenado, com todas as consequências legais daí decorrentes. Precedentes.

Do voto do Ministro Celso de Mello, relator, extrai-se que a prisão preventiva pode efetivar-se, desde que tenha fundamentação substancial, com elementos concretos que autorizem sua decretação. De acordo com ele, a antecipação cautelar do cárcere, qualquer que seja sua modalidade, não é incompatível com a presunção de inocência, mesmo porque tem fundamento na própria Constituição da República.

Contudo, ele destaca que:

a prisão cautelar (“*carcer ad custodiam*”) – que não se confunde com a prisão penal (“*carcer ad poenam*”) – não objetiva inflingir punição à pessoa que sofre a sua decretação. Não traduz, a prisão cautelar, em face da estrita finalidade a que se destina, qualquer idéia de sanção. Constitui, ao contrário, instrumento destinado a atuar “em benefício da atividade desenvolvida no processo penal” (p. 11)

Dessa forma, ele completa dizendo que a utilização da prisão cautelar com fins punitivos ofende a presunção de inocência e o devido processo legal, “com a consequente (e inadmissível) prevalência da idéia – tão cara aos regimes autocráticos – de supressão da liberdade individual em um contexto de julgamento sem defesa e de condenação sem processo” (p. 12). Portanto, considerando sua função exclusivamente processual, a segregação antes de sentença condenatória transitada não pode ser utilizada com o fim de promover a antecipação satisfativa da pretensão punitiva do Estado, sob pena de subverter sua finalidade. Discursos autoritários, de acordo com o jurista, consagram uma ideologia de lei e ordem em detrimento de direitos e garantias fundamentais, o que não pode ser tolerado. Assim, a gravidade abstrata do delito não seria idônea para justificar o encarceramento, haja vista a vedação a que se trate qualquer acusado como culpado antes da condenação.

No nono julgado em análise, o *habeas corpus* 96212/RJ, julgado em 16 de junho de 2010, por sua vez, foi negada a soltura do paciente, em acórdão com a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. DUPLA TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E NECESSIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PRISÃO PREVENTIVA EMBASADA NA CONTEXTURA FACTUAL DOS AUTOS. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO NA PRÁTICA DELITUOSA. ACAUTELAMENTO DO MEIO SOCIAL. ORDEM DENEGADA. 1. O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/88). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem da cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não da incomum gravidade abstrata desse ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. 2. É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente. Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração

delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública). 3. Na concreta situação dos autos, o fundamento da garantia da ordem pública, tal como lançado, basta para validamente sustentar a prisão processual do paciente. Prisão que se lastreia no concreto risco de reiteração criminosa. Pelo que não há como refugar a aplicabilidade do conceito de ordem pública se o caso em análise evidencia a necessidade de acautelamento do meio social quanto àquele risco da reiteração delitiva. Situação que atende à finalidade do art. 312 do CPP. 4. Não há que se falar em inidoneidade do decreto de prisão, se este embasa a custódia cautelar a partir do contexto empírico da causa. Contexto revelador da incomum gravidade da conduta protagonizada pelo paciente, caracterizada pela exacerbação de meios e a partir de motivo fútil. A evidenciar, portanto, periculosidade envolta em atmosfera de concreta probabilidade de sua reiteração. Precedentes: HCs 92.735, da relatoria do ministro Cezar Peluso; 96.977, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; 96.579 e 98.143, da relatoria da ministra Ellen Gracie; bem como 85.248, 98.928 e 94.838-AgR, da minha relatoria. 5. Em suma, sempre que a maneira da perpetração do delito revelar de pronto a extrema periculosidade do agente, abre-se ao decreto prisional a possibilidade de estabelecer um vínculo funcional entre o *modus operandi* do suposto crime e a garantia da ordem pública. Precedentes: HCs 93.012 e 90.413, da relatoria dos ministros Menezes Direito e Ricardo Lewandowski, respectivamente. 6. Por outra volta, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a previsão de atos instrutórios também em Plenário do Júri (arts. 473 a 475 do CPP) autoriza a manutenção de eventual custódia preventiva, decretada sob o fundamento da "conveniência" (necessidade, no rigor dos termos) da instrução criminal. 7. Ordem denegada.

No voto do relator, Ministro Ayres Britto, consignou-se a dificuldade em conceituar a garantia da ordem pública como fundamento da prisão preventiva. Entretanto, o termo estaria umbilicalmente ligado ao acautelamento do meio social. Assim, no caso, reputou-se existente o risco concreto de reiteração delitiva, consubstanciado na intensa periculosidade do acusado, e considerando o modo de protagonização dos delitos. Além disso, haveria notícias de ameaça à vítima e testemunhas, o que autorizaria a segregação por conveniência da instrução criminal.

No último acórdão em análise, o *habeas corpus* 97318/SC, julgado em 06 de abril de 2010, concedeu-se a ordem em razão da ausência de fundamentação no decreto de prisão antes do trânsito em julgado. Consta da ementa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECOLHIMENTO À PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA NÃO EXPLICITADOS NO DECRETO DE PRISÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA. I - Existe constrangimento ilegal, a ser reparado pela via do *habeas corpus*, quando a decisão condenatória determina a expedição de mandado de prisão, independente de seu trânsito em julgado, sem, contudo, explicitar os pressupostos justificadores da segregação cautelar. II - Ordem concedida.

Do voto do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, extrai-se que a ordem de prisão que impede que o acusado recorra em liberdade é medida excepcional, e deve ser fundamentada de forma individualizada, com explicitação dos motivos que levaram à segregação. Tais palavras foram corroboradas pelo Ministro Ayres Britto, que acrescentou que a Constituição Federal não tolera execução provisória ou antecipada da pena.

Da leitura desses julgados pode-se concluir que há tempos o Supremo Tribunal Federal vem rechaçando o uso da prisão preventiva como antecipação da pena a ser aplicada ao final do processo. Por mais de uma vez destacou-se a diferença entre a segregação cautelar e a penal, aduzindo-se que aquela seria um instrumento para assegurar o trâmite regular do processo.

Também observa-se que a Corte exige fundamentação concreta para manutenção do cárcere provisório. Contudo, argumentos que não buscam efetivamente tutelar o processo, tais como a garantia da ordem pública, continuam sendo reafirmados, apesar da dificuldade assumida pelos próprios Ministros em conceituar o termo.

No que tange à duração da prisão, foi possível constatar a mitigação do princípio da razoabilidade, justificando-se a dilação temporal pela complexidade do caso e até mesmo diante de recursos interpostos pela defesa. Isso se releva um verdadeiro contrassenso jurídico, já que é assegurado pela própria Constituição o direito de defender-se com todos os recursos e meios possíveis.

3. A problemática (da) prisão preventiva no crime de tráfico de drogas: estudo de casos recolhidos em Brasília/DF

Se a prisão preventiva, em si, já é alvo de inúmeras críticas, tendo em vista princípios constitucionalmente estabelecidos, tais como a presunção de inocência e a razoável duração do processo, a sua utilização em certos delitos ganha contornos nitidamente autoritários e punitivistas, em flagrante afronta às garantias fundamentais. Esse é o caso do crime de tráfico de drogas.

A Constituição Brasileira de 1988, por um lado, assegurou uma série de direitos individuais, com vistas a limitar a atuação do poder punitivo. Entretanto, no mesmo texto, trouxe dispositivos que recrudescem o controle estatal sobre determinadas condutas. No artigo 5º da Lei Fundamental, ao lado de normas garantidoras, coexistem outras autoritárias, e mais especificamente no que concerne à traficância, seu tratamento foi equiparado ao dos crimes hediondos, o que reflete nos campos penal, processual e penitenciário.

Como visto anteriormente, a segregação processual só é legítima nos estritos limites de sua cautelaridade, tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado contra qualquer tipo de antecipação de pena. Todavia, será que esse posicionamento é seguido quando se trata de crime de comércio ilícito de entorpecentes?

Depois de uma pequena explanação teórica, serão analisados casos colhidos na pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas” em Brasília/DF, com o objetivo de demonstrar como a fundamentação utilizada para manter o cárcere, bem como a sua duração, e considerando ainda a pena ao final aplicada, acabam por inverter a lógica cautelar e transformá-lo em verdadeira medida punitiva.

3.1. A guerra às drogas e o encarceramento preventivo

De acordo com Carvalho (2013), o processo de redemocratização brasileiro criou a expectativa de abertura do encarceramento no que concerne às drogas. Entretanto, observou-se o oposto e, fundamentando-se na tese de direito penal do inimigo, sua base ideológica se tornou mais rígida.

Tendo como sustentáculo a segurança nacional e a defesa social, e no compasso do movimento estrangeiro que pretendia combater, a qualquer custo, o tráfico tanto interno quanto internacional, bem como o crime organizado¹⁷, criou-se uma verdadeira guerra às

¹⁷ Pode-se citar a Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em Nova Iorque em 1961, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a vigente Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988.

drogas, apontando o traficante como responsável por grande parte das mazelas sociais. Nessa linha, a Constituição não só indicou o tráfico como delito que merece maior reprovabilidade, como ela própria estabeleceu limites aos direitos dos acusados de sua prática, e deixou a brecha para que leis inferiores criassem outras limitações não previstas na carta fundamental.

Dispõe o inciso XLIII do artigo 5º que:

“a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Se é possível perceber um déficit entre as normas penais e processuais penais, e os preceitos constitucionais, isso somente se observa quanto às regras que fixam direitos e garantias individuais, que tem caráter limitativo. Quanto às cláusulas constitucionais incriminadoras, Carvalho (2013) ressalta que existe total adaptação, tratando-se de verdadeiro dirigismo penal, pois além de reafirmar a rigidez estabelecida na carta, a legislação ordinária muitas vezes extravasa as barreiras possíveis. Exemplo disso é que a Lei de Crimes Hediondos – 8.072 de 1990, em seu texto original, determinava que os crimes nela previstos deveriam ser cumpridos em regime integralmente fechado – o que foi alterado em 2007, passando-se a prever que tais delitos deveriam ser cumpridos inicialmente naquele regime. A nova Lei de Drogas – 11.343 de 2006, por sua vez, originalmente impedia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, além de vedar a possibilidade de concessão da liberdade provisória¹⁸.

No vácuo entre o garantismo e o inquisitorialismo, é definido o campo de atuação dos operadores do direito. Embora haja um discurso liberal que prega que o direito penal está voltado ao respeito da igualdade e da legalidade, bem como à tutela dos interesses dos indivíduos, essa função ficou no plano da retórica, enquanto a beligerância continuou sendo a tônica do sistema repressivo (CARVALHO, 2013).

Zaffaroni diz que desde a inquisição até hoje se alega uma emergência que põe em risco a humanidade, e ela é utilizada para eliminar qualquer obstáculo ao poder punitivo (2013, p. 42). Assim, sob o fundamento de proteção da segurança pública, a violência estatal na repressão dos crimes hediondos, e especialmente do tráfico, se banaliza, tendendo

¹⁸ A Lei de Crimes Hediondos, que originalmente também vedava a liberdade provisória aos crimes nela previstos, foi alterada em 2007 pela Lei 11.464, passando a não constar mais a restrição de seu texto. Entretanto, como a Lei de Drogas era especial em relação à primeira, os tribunais pendiam para o entendimento de que a proibição da Lei 11.343 estaria mantida. Nesse sentido: STF, *Habeas Corpus* 94498/MS, *Habeas Corpus* 97463/MG, *Habeas Corpus* 98548/SC.

naturalmente ao abuso, porque aquela nunca é satisfeita, a segurança pública não tem limites. Ela é sempre legitimada na luta do bem contra o mal. Selecionado o público alvo, no caso, o traficante (ou grupos sociais identificados com a traficância), a guerra permanente é deflagrada. Isso pode ser constatado através dos dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias, que indicam que, em junho de 2013, a população carcerária brasileira era formada por 146.276 pessoas acusadas de tráfico de entorpecentes, o que representa mais de 25% do total de presos¹⁹.

Conceitos vagos, a exemplo da garantia da ordem pública, dão corda às engrenagens repressivas do sistema judicial, invertendo postulados legitimadores do próprio Estado de Direito. Com fundamento na gravidade em abstrato da traficância, que afronta a saúde da população e a tranquilidade social, dá ensejo a outros crimes, e fere o próprio núcleo da unidade familiar, mantêm-se encarcerados preventivamente os indivíduos pegos em alguma das situações previstas no artigo 33 da Lei 11.343 de 2006²⁰, sem qualquer ponderação a respeito da possibilidade de desclassificação para uso pessoal (artigo 28 da lei mencionada²¹), sobre primariedade e outras circunstâncias pessoais favoráveis, quantidade e qualidade da droga, etc. Assim, trata-se de prisão cautelar quase automática, que muitas vezes resulta em antecipação agravada de pena, pois ao final do processo o indivíduo pode receber uma pena restritiva de direitos ou regime menos gravoso. Em estudo realizado no estado de São Paulo²², verificou-se que em casos de absolvição ao final do processo ou mesmo desclassificação para

¹⁹ Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/anexos-sistema-prisional/total-brasil-junho-2013.pdf>. Acesso em: 23/03/2015.

²⁰ O mencionado dispositivo é composto por diversos núcleos, sem diferenciar condutas mais leves de outras mais graves. Consta do seu *caput*: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

²¹ Diz o *caput* do artigo 28: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

²² No estudo realizado por Amanda Hildebrand Oi, Pedro Lagatta e Thiago Thadeu da Rocha, sob coordenação de Maria Gorete Marques de Jesus, publicado em 2011, procurou-se retratar a realidade da prisão provisória nos crimes de tráfico de drogas em São Paulo, especialmente a prisão em flagrante, constatando-se que, do período analisado (novembro e dezembro de 2010 e janeiro de 2011), 91% dos réus foram condenados por tráfico, enquanto 6% tiveram sua conduta desclassificada e 3% foram absolvidos. Desses últimos 9%, a maioria respondeu ao processo preso. Assim os autores destacam que 6,7% dos acusados nunca deveriam ter sido presos e, a rigor, nem deveriam ter sido submetidos a processo criminal.

uso pessoal, a maioria dos acusados respondeu ao processo privado da liberdade. Entretanto, não há como compensar o tempo dessas pessoas que ficaram presas, tornando evidente mais um dos motivos para se lidar com a prisão provisória com toda a responsabilidade que ela exige.

Os artigos 28 e 33 da Lei de Drogas não traçam limites precisos para se diferenciar o usuário do traficante. Dessa forma, quando o cidadão é pego com entorpecentes, fica ao arbítrio da autoridade policial, e posteriormente do juiz, entender se a conduta se amolda a um dos tipos penais ou ao outro²³. Não existe uma indicação de quantidades exatas de substâncias ilícitas aptas a apontar quem é apenas usuário e quem trafica. Assim, fundado no grande abalo que as drogas geram à comunidade, o flagrante é convertido em prisão preventiva, privando indefinidamente a liberdade do indivíduo.

Acontece que o artigo 28 da Lei, embora não descriminalize a conduta do usuário de entorpecentes, impõe penas restritivas de direitos. Ou seja, se o indivíduo ficou preso durante a instrução, porque era preciso “averiguar” se sua conduta se amoldava ou não ao tráfico, e ao final, com a sentença, decide-se pela tipificação de uso pessoal, o tempo de cárcere não será restituído, e os estigmas da segregação provisória acompanharão o acusado por grande parte da sua vida. Da mesma forma, o § 4º do artigo 33 possibilita a redução da pena pelo tráfico de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Diminuída a pena, abre-se a possibilidade de fixação de regime aberto, bem como de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Mais uma vez, o tempo de encarceramento provisório não será devolvido. E não se diga que a prisão preventiva tem natureza diversa da prisão pena pois, na prática, os efeitos são os mesmos. Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime inicial fechado para crimes hediondos e equiparados²⁴, o que também ocorreu quanto à vedação de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos delitos de tráfico de entorpecentes²⁵.

No que concerne à possibilidade de concessão de liberdade provisória, o artigo 44 da Lei de Drogas determina sua inaplicabilidade ao crime de tráfico. Entendiam alguns doutrinadores e mesmo os legisladores que, se a própria Constituição vedou a possibilidade de

²³ O § 2º do artigo 28 da Lei de Drogas afirma que: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

²⁴ STF, HC 111840/ES, Relator: Ministro Dias Toffoli, Julgamento: 27/06/2012.

²⁵ STF, HC 97256/RS, Relator: Ministro Ayres Britto, Julgamento: 01/09/2010.

fiança nesse caso, por certo a liberdade provisória sem fiança também estaria proibida. Se “o mais” já era vedado, decorrência lógica seria proibir “o menos”. Ao enfrentar o caso, o STF declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da expressão, em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida.²⁶

Em seu voto, o relator, Ministro Gilmar Mendes, consignou que a vedação, em abstrato, da possibilidade de concessão de liberdade provisória aos acusados de tráfico conflita com outros princípios que também se revestem de patamar constitucional, como a presunção de inocência e o devido processo legal, além do princípio da proporcionalidade. Ele completa dizendo que

Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais.

A previsão constitucional de que o crime de tráfico de entorpecentes é inafiançável (art. 5º, XLIII) não traduz dizer que seja insuscetível de liberdade provisória, pois conflitaria com o inciso LXVI do mesmo dispositivo, que estabelece que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Sendo a liberdade a regra e a segregação cautelar a exceção, é incompatível com a gênese do Estado Democrático de Direito a imposição obrigatória de prisão preventiva, pois caso assim se permitisse, de fato seria prestigiada a presunção de culpabilidade, e não de inocência. Somente a análise do caso concreto, com todas suas especificidades, seria apta a embasar medida provisória extrema, desde que devidamente fundamentada.

Entretanto, observa-se que existe um apego à vontade de punir e ao autoritarismo, tanto pelos operadores do direito quanto pelo seu público expectador. A população, os “cidadãos de bem”, clamam pela repressão imediata dos delitos, pouco importando as garantias constitucionalmente estabelecidas. Assim, creditando no sistema penal e penitenciário a capacidade de solucionar o problema das drogas, o resultado obtido é a

²⁶ STF, HC 104339/SP, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgamento: 10/05/2012.

maximização da repressão, de forma incontrolável e generalizada. Carvalho (2013) ressalta que nesse contexto ocorre um cisão entre “pessoas” e “não pessoas”, aplicando-se ao primeiro o direito penal do cidadão, e ao segundo, o direito penal do inimigo. Aquele que se comporta de modo “desviado”, não poderia ser tratado como cidadão, pois não oferece garantias de comportamento conforme as expectativas sociais, e, portanto, deve ser tratado como inimigo. Essa identificação do inimigo é típica de modelos de direito penal do autor, nos quais se pune não pelo que se fez, mas pelo que se é. Contudo, é preciso destacar que se a não punição gera sensação de impunidade e descrédito nas instituições de justiça, uma punição injusta e desarrazoada também leva ao descrédito, além de enfraquecer princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Carvalho (2013) ressalta que existem movimentos de lei e ordem, que além de justificar a severidade destinada a determinadas condutas, legitimam a pena como castigo e retribuição, além de ampliar a possibilidade de imposição de prisões provisórias e diminuir o poder de individualização das sanções. Nesse plano destacam-se os meios de comunicação de massa como grandes responsáveis pela reprodução do consenso sobre quem seria o criminoso e sobre a necessidade constante de incremento das penas, já que as atualmente praticadas não seriam suficientes para coibir o aumento crescente de delitos. Assim, criam-se estereótipos delinqüências que conformam a atuação das agências formais de controle, tais como os órgãos policiais e o sistema judiciário. Rezende destaca que a afirmativa de ocorrência de tráfico já é suficiente para que o acusado seja de imediato identificado como um personagem do “submundo das drogas”, atribuindo-lhe os mais diversos rótulos e indicando-o como “o pior delinquente da atualidade” (2011, p. 49)

O poder punitivo, com sua seletividade, criminaliza poucas pessoas e as usa para se projetar como neutralizador da maldade social (ZAFFARONI, 2013, p. 289). Essa seletividade do sistema penal é estabelecida de acordo com estereótipos que permitem a catalogação dos criminosos, a exemplo do traficante, deixando fora outros delinquentes, caso dos crimes de colarinho branco, por exemplo. Deflagram-se, assim, “políticas públicas pautadas pela lógica beligerante da eliminação de incômodos” (CARVALHO, 2013, p. 448). Nessa lógica, as agências de punitividade se dotam de legitimidade em que não existe limitação, nem barreiras legais a serem respeitadas.

É importante destacar que “Ao definir grupos com potencialidade delitiva, reinstituindo no direito penal dimensões de periculosidade próprios da criminologia etiológica-positivista, e ao destituir seus componentes do status de pessoa, abdica-se da própria noção de Estado Democrático de Direito” (CARVALHO, 2013, p. 152). Em Estados

de exceção, com projetos políticos totalitários, a ideia absoluta de segurança pública é sobreposta à dignidade humana, transformando o sujeito de direitos em objeto de intervenção, submetido à coação direta. Em Estados constitucionais e democráticos como o Brasil, pelo contrário, deve-se observar estritamente a garantia dos direitos fundamentais.

Sob um ponto de vista garantista, cabe ao direito e ao processo penal conter as violências emanadas de políticas repressivas. Se, pelo contrário, atuarem na legitimação da violência, tende-se à perda do controle dos atos do poder.

3.2. Descrição e análise dos processos coletados nas Varas de Entorpecentes do Distrito Federal

Buscando identificar a reflexão jurídica com a realidade social regulada pelas normas penais, passar-se-á, neste momento, à análise de processos de tráfico de entorpecentes em que houve segregação cautelar.

Para tanto, serão utilizados os materiais colhidos na pesquisa aprovada pelo Edital nº 01/2012 do projeto Pensando a Segurança Pública, lançado pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça – SENASP e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”, de responsabilidade do Professor Evandro Piza Duarte da Faculdade de Direito – UnB, em que foram analisados processos de varas criminais situadas nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador.

Um dos objetivos centrais da pesquisa era identificar como a definição racial dada no inquérito policial se articula à categoria de suspeito e outras variáveis. Os formulários aplicados continham perguntas acerca da abordagem policial no crime de tráfico de drogas, fazendo, ademais, um questionamento sobre a prática policial e o racismo presente não só na instituição, mas também em toda a sociedade.

A pesquisa de responsabilidade do Professor Evandro Piza Duarte analisou processos relativos a fatos posteriores à Lei 11.343/2006 que foram processados pelo juízo comum, denunciados como tráfico de drogas ou assemelhado, excluídas as hipóteses de denúncia por uso ou assemelhado, que foram sentenciados no segundo semestre de 2012 e arquivados no mesmo período, encontrando-se em anexo o formulário aplicado para exame dos casos.

Para ser mais condizente com a temática do presente trabalho, optou-se por um recorte diferente daquele explicitado anteriormente: far-se-á, aqui, através da leitura dos processos e da aplicação dos questionamentos do formulário, um estudo sobre o uso da prisão preventiva pelos magistrados de primeira instância, destacando-se qual a fundamentação apresentada, a

quantidade de entorpecente apreendida, bem como o tempo de cárcere cautelar e o desfecho processual – se foi caso de condenação, de desclassificação ou mesmo de absolvição. Por questão temporal e metodológica, a questão racial não será, no momento, abordada. Entretanto, o assunto permeará a exposição, tendo em vista que não se pode fechar os olhos para a seletividade do sistema prisional.

De toda a amostra recolhida, que inclui processos de três localidades brasileiras, neste estudo serão examinados apenas aqueles coletados em Brasília. Essa opção foi feita em primeiro lugar pela proximidade, e em segundo lugar por sua especificidade, já que a Capital Federal guarda contornos de cidade e estado ao mesmo tempo, o que faz com que todos os casos de comércio ilícito no Distrito Federal sejam concentrados em quatro varas de entorpecentes, independentemente da Região Administrativa em que foi constatada a mercancia.

Ao todo, foram acompanhados 37 processos que correram nas varas de entorpecente do DF. Desse conjunto, não serão abordados casos em que não houve decretação da segregação preventiva. Dessa forma, os processos de número **2011.01.1.001325-2**, **2012.01.1.066839-2**, **2011.01.1.186510-7**, **2010.01.1.159448-2**, **2008.01.1.103074-9**²⁷ não serão estudados. Para facilitar a compreensão, dividir-se-á os relatos dos feitos de acordo com o juízo em que tramitou.

3.2.1. Primeira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

Analisando primeiramente os casos da Primeira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, nos autos **2012.01.1.068444-7**, a acusada RBL²⁸ foi presa em flagrante no dia 10 de maio de 2012, trazendo consigo uma porção de crack com massa bruta de 8,98g²⁹, mais duzentos e cinquenta reais em espécie³⁰. Policiais civis a abordaram na entrada de sua residência após receberem “denúncia anônima” de tráfico de entorpecentes no local.

²⁷ No feito de numeração 2011.01.1.001325-2 não houve nem mesmo denúncia, enquanto no processo 2012.01.1.066839-2 não há relação com tráfico, tratando-se de pedido de reabilitação. Já nos autos 2008.01.1.103074-9, os autuados foram denunciados por porte de droga para consumo próprio. Nos processos 2011.01.1.186510-7 e 2010.01.1.159448-2, por sua vez, os acusados foram presos em flagrante mas colocados em liberdade logo em seguida.

²⁸ Os nomes dos acusados serão abreviados pelas iniciais para garantir sua privacidade.

²⁹ As quantidades apresentadas serão aquelas mencionadas na denúncia e que, em regra, correspondem à quantia apurada em exame preliminar. Portanto, os números apresentados podem não refletir a realidade com precisão.

³⁰ É importante mencionar o dinheiro encontrado, pois muitas vezes esse fator é usado para fundamentar o decreto condenatório.

Em decisão interlocutória datada de 15 de maio de 2012, a magistrada afirmou a legalidade do ato flagrancial e o converteu em prisão preventiva, ressaltando a presença de seus requisitos. O *fumus comissi delicti* se consubstanciaria na apreensão da droga em poder da ré após informações anônimas, cuja natureza foi atestada por laudo preliminar, e o *periculum libertatis* se faria presente para garantia da ordem pública, já que “crimes de tal natureza colocam em risco a saúde pública e a paz social” (p. 53). Ademais, frisou-se que

o crime de tráfico de drogas agride a saúde pública, gera desordem no meio social e escraviza aqueles que se tornam reféns do vício, sendo necessária a adoção de medidas que cessem essa atividade delituosa que afeta sobremaneira o meio social, além de colocar em risco a Ordem Pública, a qual necessita ser resguardada (p. 54).

Diante da “ameaça” que a soltura da autuada representava, excluiu-se a possibilidade de substituição do cárcere por medidas cautelares diversas, considerando a gravidade do delito e as circunstâncias em que praticado, muito embora ela fosse primária.

Na sentença prolatada no dia 24 de agosto de 2012, reputou-se comprovada a materialidade e a autoria do crime do artigo 33 da Lei 11.343/2006, condenando a ré a dois anos e seis meses de reclusão no regime aberto³¹, por ter sido reconhecida a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo mencionado, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos moldes do artigo 44 do Código Penal. Impende destacar parte da exposição do juiz sentenciante de que, apesar de aplicar o regime mais brando e a substituição, “Ressalvo aqui o meu entendimento, por julgar constitucional o regime inicial fechado obrigatório nos crimes hediondos, mas curvo-me ao entendimento do STF que declarou incidentalmente inconstitucional a obrigatoriedade de tal regime inicial, o que é seguido pelo e. TJDF” (p. 139)

Em 25 de agosto de 2012 foi dado cumprimento ao alvará de soltura, podendo-se constatar que a acusada ficou presa provisoriamente mais de três meses, sendo-lhe, ao final, aplicada pena não privativa de liberdade.

O processo de número **2012.01.1.017407-3** trata de dois réus, KCRS e SAR, presos em flagrante em 07 de fevereiro de 2012 quando traziam consigo duas porções de crack, com 7,2g e 0,2 gramas, sendo abordados por policiais após realização de filmagens em que eles apareciam comercializando entorpecentes. Foi também encontrado em poder deles R\$ 24,25 e R\$ 55,45, respectivamente. Em decisão interlocutória três dias depois, o flagrante foi

³¹ Não se fará menção aqui às penas pecuniárias aplicadas, por desviar do tema de estudo do presente trabalho.

convertido em prisão preventiva, também sob o fundamento de preservação da ordem pública, invocando novamente a saúde pública e a paz social, destacando-se que o monitoramento por agentes de polícia, bem como a apreensão do crack e da quantia em espécie são indícios bastantes para apontar o envolvimento dos acusados na atividade criminosa, o que tornaria necessária a manutenção das prisões.

Nesse caso, ademais, destacou-se a vedação de liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei 11.343/2006, sendo que a vedação de fiança também proibiria, implicitamente, concessão de liberdade provisória, e com base na ameaça à ordem pública que a soltura poderia representar, negou-se a possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares.

Na sentença prolatada em 02 de julho de 2012, ressaltou-se a existência de provas da materialidade e da autoria, dada especial importância aos depoimentos dos policiais. Há que se destacar que o laudo definitivo da substância constatou que a porção de 7,2g, na verdade, tinha 1,77g, mas a magistrada consignou que um dose típica de crack tem entre 100 e 200mg. Assim, com a quantidade apreendida, era possível confeccionar oito porções de crack, caracterizando traficância e não o mero uso de droga. Entretanto, foi-lhes reconhecida a minorante do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, resultando nas penas de um ano e oito meses de reclusão no regime aberto, convertidos em duas restritivas de direitos.

Intimados na mesma data da sentença, os réus foram postos em liberdade, depois de quase cinco meses encarcerados preventivamente, apesar de primários e da pequena quantidade de droga.

No terceiro processo sob análise, de número **2012.01.1.085249-4**, o acusado MCNB foi preso em flagrante no dia 06 de junho de 2012 quando guardava uma porção de maconha com 5,45g e após ter vendido outra porção da mesma substância com 2,86g, encontrando-se em seu poder a quantia de R\$ 615,00. Policiais realizavam campanha quando avistaram a venda da droga, procedendo à abordagem na sequência. Na decisão proferida no dia seguinte, destacou-se a legalidade do flagrante e foi determinada sua conversão em prisão preventiva, pois embora primário, o autuado já tinha sido beneficiado duas vezes com a transação penal em razão do uso de entorpecentes. Assim, concluiu-se que ele “representa perigo concreto para a sociedade, colocando em risco a ordem pública, tendo em vista os malefícios da droga que ele comercializa” (p. 43), além de ficar consignado que medidas cautelares diversas não seriam eficazes para inibir o tráfico.

Formulado pedido de relaxamento da prisão, consignou-se em nova decisão que os motivos ensejadores da preventiva permaneciam inalterados, havendo indícios de que a droga

encontrada na lixeira fora guardada pelo réu, e de que ele vendeu outra fração da substância para um usuário.

Sentenciado o feito no dia 08 de outubro de 2012, o réu foi condenado a um ano e oito meses de reclusão no regime aberto, substituídos por duas restritivas de direitos, com base principalmente nos testemunhos policiais e no relato do usuário na delegacia, embora aquele tenha negado os fatos e nada ilícito tenha se encontrado em sua posse direta. Intimado no dia seguinte, o acusado ficou preso mais de quatro meses preventivamente.

No processo de numeração **2012.01.1.004339-9**, o acusado JSN foi preso em flagrante no dia 13 de janeiro de 2012, por trazer consigo e manter em depósito duas porções de crack, pesando ao todo 84,3g, além de se encontrar em sua posse R\$ 211,00. Policiais receberam “denúncia anônima” de que ele realizava a mercancia ilícita, razão pela qual realizaram campana e o visualizaram em atividade. Em decisão interlocutória do dia seguinte, o flagrante foi convertido em prisão preventiva por existirem prova da materialidade e indícios suficientes da autoria, além da necessidade de garantir a ordem pública, apesar da primariedade e dos bons antecedentes.

Interessante destacar o trecho em que a magistrada afirma que:

À luz da nova sistemática processual advinda com a edição da Lei 12.403/11, reforçou-se a tese garantista de que a prisão é medida de exceção, devendo o magistrado, ao analisar o auto de prisão em flagrante, decidir fundamentadamente sobre a presença ou não dos requisitos da prisão preventiva. Em não havendo, deverá aplicar medidas cautelares pertinentes ao feito ou conceder liberdade provisória, com ou sem fiança. (p. 38)

Apesar disso, ela também destacou que:

[...] a conduta delituosa praticada, em tese, pelo autuado, qual seja, tráfico de drogas insere-se entre aquelas que causam maior temor à sociedade, ocasionando grande repercussão e danosidade, constituindo uma das atividades delitivas que com maior frequência aterrorizam o meio social, causando enorme clamor público. (p. 39)

Dessa forma, reputou insuficientes medidas cautelares diversas, ressaltando também a vedação à liberdade provisória do artigo 44 da Lei de Drogas. Formulado pedido de revogação do encarceramento, ele foi indeferido em 25 de janeiro, por não existirem fatos novos, pela agressão à saúde pública representada pelo tráfico e também pela hediondez do crime. Impetrado *habeas corpus*, a ordem foi denegada. Foi requerida, então, a liberdade

provisória, que também foi indeferida. Impetrou-se novo *habeas corpus*, dessa vez por excesso de prazo, que também foi denegado, com base na Súmula 52 do STJ.

Os autos foram sentenciados em 10 de julho de 2012, quase seis meses depois do flagrante, tendo o réu respondido ao processo preso. Porém, ele foi condenado a dois anos e seis meses de reclusão no regime aberto, já que aplicada a causa de diminuição especial do artigo 33 da Lei 11.343 de 2006, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

No quinto processo sob análise, com número **2012.01.1.047233-8**, MGSN foi preso em flagrante em 04 de abril de 2012, acusado de trazer consigo duas porções de maconha, com 23,96g, além de ter vendido a adolescentes na porta de uma escola outra fração da mesma substância, encontrando-se com ele R\$ 15,00. Seu flagrante foi analisado no dia seguinte, convertendo-se sua prisão em preventiva.

Na fundamentação da decisão, foram ressaltadas a certeza da materialidade e os indícios de autoria, pois o acusado foi abordado por policiais que faziam patrulhamento quando difundia entorpecentes a adolescentes, bem como a necessidade do cárcere para garantia da ordem pública. A magistrada destacou a gravidade da mercancia no local onde foi feita, além da ofensa que o tráfico representa para a sociedade, agredindo a saúde pública e fomentando outros crimes. Ela consignou ainda que “cumpre observar que a prisão para garantia da ordem pública não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça” (p. 42), indeferindo também a substituição da prisão por medidas diversas.

Impetrado *habeas corpus*, a ordem foi denegada, argumentando-se pela vedação legal à liberdade provisória no tráfico de drogas, além da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar. Então, foi solicitada liberdade provisória na primeira instância, que foi indeferida pelas razões já aduzidas na conversão do flagrante. Impetrado novo *habeas corpus*, dessa vez no STJ, a liminar também foi indeferida.

Na sentença datada de 13 de julho de 2012, a acusação foi julgada parcialmente procedente, fixando a pena em um ano, onze meses e dez dias em regime aberto, substituídos por restritiva de direito. Assim, depois de mais de três meses encarcerado, o réu foi solto em razão da pena não privativa de liberdade.

Nos autos **2012.01.1.078212-7**, BOP foi flagrada no dia 25 de maio de 2012, depois de vender uma porção de maconha com 1,83g a dois usuários, além de ter em depósito cinco frações da mesma substância, pesando ao todo 4,01g. Policiais civis avistaram a venda da droga, ocasião em que abordaram os usuários, que confirmaram a compra da acusada. Na

posse dela também foram encontrados R\$ 36,00. Em decisão interlocutória na data seguinte, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, aduzindo a legalidade do ato flagrancial, além da presença dos requisitos do cárcere cautelar. Sustentou-se que a própria autuada confessou na delegacia que estava vendendo drogas para comprar remédio para a filha, além de que o tráfico de drogas é crime “altamente grave e que vem aumentando no Distrito Federal” sendo motivo suficiente para ensejar a segregação preventiva. Medidas cautelares diversas foram negadas diante da necessidade de garantir a ordem pública.

O processo foi sentenciado no dia 08 de outubro de dois mil e doze, mais de quatro meses após os fatos, condenando a ré em um ano e oito meses de reclusão no regime aberto, convertidos em duas restritivas de direitos. Mais uma vez, outro(a) acusado(a) de tráfico ficou preso provisoriamente para, ao final do processo, ser apenado com pena não privativa de liberdade.

No processo com numeração **2012.01.1.003509-8**, GAS foi preso em flagrante em 11 de janeiro de 2012 porque trazia consigo uma porção de cocaína com 42,9g. Durante patrulhamento, policiais militares avistaram quando o condutor do carro em que o acusado estava fez um retorno em local proibido, razão pela qual solicitaram que ele parasse. Nesse momento, GAS teria arremessado um saco com a droga descrita pela janela. Em sua posse, também foram encontrados R\$ 440,00 e três cheques de R\$ 2.500,00. Os policiais foram até a casa do denunciado, onde encontraram uma porção de 0,8g de substância em forma de cristais, mas que resultou negativo para cocaína em exame preliminar.

No dia 17 de janeiro de 2012, sua prisão foi convertida em preventiva, destacando-se na decisão interlocutória que estariam presentes os requisitos do inciso I do artigo 313 do CPP, bem como o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, este consubstanciado na necessidade de preservar a ordem pública. Ademais, existiria vedação expressa de concessão da liberdade provisória no artigo 44 da Lei de Drogas. Medidas cautelares diversas foram reputadas “insuficientes e inadequadas ao caso em razão da gravidade do crime e das circunstâncias do fato” (p. 40). A liberdade provisória foi indeferida outra vez em ação própria, levantando-se, em síntese, os mesmo fundamentos, entretanto, na audiência realizada no dia 12 de abril de 2012, foi-lhe concedido o direito de responder ao restante do processo livre. Só que ao fim do trâmite processual o acusado foi absolvido, porque não havia provas suficientes para apontá-lo como dono da droga. Assim, ele ficou preso quase três meses, sem qualquer certeza a respeito da propriedade do entorpecente.

No processo de número **2012.01.1.014184-0**, os acusados ASS e CPCS foram presos em flagrante no dia 04 de fevereiro de 2012 porque transportavam e guardavam duas porções

de maconha, com 984,66g. Policiais militares em patrulhamento desconfiaram da atitude de ASS, razão pela qual abordaram todos os indivíduos que estavam no bar em que ele entrou, mas nada de ilícito foi encontrado. Vasculhando o local, os agentes acharam a chave do carro de CPCS entre as grades de bebida, e então passaram a realizar busca dentro do automóvel, onde encontraram os entorpecentes, embaixo do banco do motorista. CPCS disse que desconhecia a procedência da droga, informando ainda que estava na companhia de um primo e do corréu. ASS assumiu a propriedade.

No dia seguinte, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, alegando-se a existência de elementos de materialidade e autoria, já que os dois transportavam no veículo do segundo autuado grande quantidade de entorpecente, denotando a finalidade de comercialização. Na decisão, destacou-se que:

A natureza do delito e a forma com que foi perpetrado exigem resposta pronta dos órgãos repressivos, eis que assim clama a sociedade do Distrito Federal, onde o tráfico de drogas vem criando raízes e se disseminando rapidamente, com todas as nefastas consequências do delito decorrentes, inclusive o acréscimo da violência. Patente, assim, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública. (p. 69)

Ademais, disse o magistrado que a constrição preventiva seria necessária para evitar a reiteração delitiva, embora não tenha consignado em que se baseava essa presunção. Considerou também que ao crime em questão não se aplicaria regime aberto, substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nem mesmo seria possível a concessão de liberdade provisória, diante da vedação da própria lei.

CPCS requereu liberdade provisória, que foi negada. Sua defesa também entrou com pedido de *habeas corpus* e de revogação da prisão preventiva. Esta foi indeferida por existirem indícios apontando o envolvimento do acusado, sendo que condições pessoais favoráveis não seriam aptas a impedir a custódia preventiva, diante da necessidade de acautelar o meio social. Medidas cautelares diversas foram consideradas insuficientes. O *writ* constitucional também foi denegado pela proibição expressa na Lei de Drogas quanto à possibilidade de concessão da liberdade provisória. O pedido de liberdade provisória foi reiterado em audiência, mas indeferido dias depois pois não haveria qualquer alteração fática a autorizar o acolhimento do pleito.

O feito foi sentenciado no dia 02 de julho de 2012, oportunidade em que CPCS foi absolvido e ASS condenado a três anos de reclusão em regime inicial fechado, negada a substituição por restritivas de direitos em razão da quantidade de maconha apreendida,

recomendando-se o réu na mesma prisão em que se encontrava. No caso, o primeiro réu ficou preso quase cinco meses para, ao final, sequer ser comprovada sua participação no tráfico. ASS apelou, mas a sentença foi mantida em grau recursal por unanimidade.

Nos autos **2012.01.1.008034-5**, PRCMN foi flagrado em 19 de janeiro de 2012 ao vender uma porção de maconha com 1,75g e outras quatro de crack com 0,19g para um usuário pela importância de R\$ 20,00. Agentes de Polícia receberam “denúncia anônima” sobre a comercialização de drogas no local, razão pela qual realizaram campana com auxílio de filmadora e avistaram o momento em que o usuário chegou, chamou o acusado para conversar, e em seguida foram entregues as substâncias em troca do dinheiro. Em poder do acusado também foram encontrados R\$ 206,00.

No dia 23 de janeiro, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva, destacando-se a presença do *fumus commissi delicti*, ante “fortes indícios de envolvimento do autuado com o comércio ilícito de drogas” (p. 60), o qual foi flagrado em local conhecido pelo tráfico após denúncia. Além disso, o usuário foi interpelado e confirmou a compra, dizendo que já havia adquirido entorpecentes com a mesma pessoa anteriormente. Quanto ao *periculum libertatis*, ele “consubstancia-se na necessidade de preservar a Ordem Pública, porquanto crimes de tal natureza colocam em risco a saúde pública e a paz social” (p. 61). Mais uma vez, frisou-se a agressão que o tráfico de drogas representa à saúde pública, sendo necessária a adoção de medidas que cessem essa atividade delituosa. Ainda, foi feita menção à vedação expressa constante no artigo 44 da Lei 11.343 de 2006. A adoção de outras medidas cautelares foi excluída diante da ameaça que a soltura do acusado poderia representar.

O *habeas corpus* impetrado em favor de PRCMN foi denegado, bem como os pedidos de relaxamento da prisão, liberdade provisória e revogação da prisão preventiva. Neste caso, a decisão ressaltou a legalidade do flagrante, bem como a materialidade e os indícios de autoria, havendo necessidade de assegurar a ordem pública, “pois o delito de tráfico é considerado grave e de natureza hedionda, causando enorme clamor público no meio social” (p. 131). No *writ* constitucional, destacou-se que ele não seria a via apta para discussão quanto à inexistência de provas de autoria, bem como que condições pessoais favoráveis não impediriam a constrição cautelar, mencionando-se, novamente, a vedação à liberdade provisória constante da Lei de Drogas.

A sentença datada de 20 de junho de 2012 julgou procedente a denúncia, estabelecendo pena de cinco anos e três meses de reclusão no regime fechado, recomendando o réu na prisão em que se encontrava. No caso, não foi reconhecida a causa de diminuição do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 em razão das denúncias anônimas que apontavam o

sentenciado como traficante desde 2008 e pela variedade de substâncias. A defesa apelou, mas negou-se provimento ao recurso por unanimidade. Assim, deu-se início à execução propriamente dita.

3.2.2. Segunda Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

Analizados os processos da Primeira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal, passar-se-á ao exame dos feitos da Segunda Vara, começando pelos autos de número **2009.01.1.108329-4**, em que NRL foi flagrada em 16 de julho de 2009 quando tentava entrar em estabelecimento prisional com 104,48g de maconha escondidos em suas cavidades naturais. Agentes penitenciários receberam notícias de que algumas visitantes estariam portando entorpecentes, razão pela qual foram levadas ao IML, onde médica legista constatou a veracidade das informações. Importante destacar que esse fato aconteceu antes da entrada em vigor da Lei 12.403 de 2011, que trouxe uma série de alterações no instituto da prisão preventiva e das outras medidas cautelares, como exposto nos capítulos anteriores. Não consta dos autos a análise do flagrante, tampouco decisão convertendo o cárcere em preventivo.

Instado a se manifestar em pedido de liberdade provisória, o magistrado consignou que:

A introdução de drogas em presídios é hoje uma das causas mais determinantes para a explosão de violência a que se tem assistido, inclusive com repercussões extra-muros, na medida em que aumenta sobremaneira o poderio das quadrilhas encasteladas nesses locais. Frise-se que os lucros obtidos com o comércio de drogas apenas dentro dos presídios já é um dos negócios ilícitos mais rentáveis no submundo da criminalidade, e os traficantes são abastecidos principalmente por mulheres como a requerente. Sob tal perspectiva, devidamente demonstrado *[sic]* os pressupostos para a prisão preventiva, quais sejam, indícios de autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em tese, praticado pela requerente. Patente, assim, a necessidade da prisão preventiva para a garantia da ordem pública. (p. 82)

Ademais, destacou-se mais uma vez a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei de Drogas, bem como a presença dos pressupostos e dos fundamentos da prisão cautelar (na antiga redação do artigo 312 do CPP), além das condições de admissibilidade (texto antigo do artigo 313 do CPP). Porém, no dia 15 de outubro de 2009, foi concedida a liberdade provisória em razão das condições de saúde da ré (pois já teve aneurisma e é portadora de HIV), que também era primária e de bons antecedentes, e que, “a princípio, não oferece risco à ordem pública se em liberdade” (p. 112).

Sentenciado o feito em 30 de abril de 2010, ela foi condenada a um ano, onze meses e dez dias de reclusão, estabelecido o regime fechado, conforme preconizado na lei de crimes hediondos à época, e não substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos moldes da redação originária da Lei de Drogas. À acusada, que já estava solta, foi concedido o direito de recorrer em liberdade. A defesa apelou, mas negou-se provimento ao recurso por unanimidade. Foi interposto recurso extraordinário, em que se determinou nova análise dos pressupostos para conversão da pena em restritiva de direitos, diante dos recentes julgados do STF quanto à inconstitucionalidade da vedação abstrata contida na Lei de Drogas. Entretanto, com fundamento na gravidade do tráfico de entorpecentes, principalmente em presídios, reputou-se impossível a substituição.

Assim, da análise do caso, constata-se que a acusada ficou presa quase três meses preventivamente, e, muito embora já houvesse entendimento consolidado nas Cortes Superiores a respeito da possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos nesse tipo de delito, o benefício não foi concedido.

No processo **2012.01.1.100509-2**, SFS foi flagrada no dia 01 de julho de 2012 depois de vender duas porções de 0,18g de crack a usuários, além de trazer consigo cerca de dez pedras da mesma droga com 2,49g ao todo, encontrando-se em seu poder também R\$ 11,70 e o relógio dado por um dos compradores. Policiais militares visualizaram os indivíduos em “atitude suspeita”, motivo pelo qual os abordou e localizou o entorpecente. No dia seguinte, o flagrante foi convertido em prisão preventiva. Na decisão, o magistrado destacou a higidez do ato flagrantial e, quanto à manutenção da segregação da acusada, consignou:

Cumprir observar que a prisão preventiva, espécie do gênero prisão cautelar, é medida de extrema gravidade e excepcionalidade, dado o caráter provisório da segregação que restringe a liberdade do cidadão antes da formação do juízo final de culpabilidade, materializado numa eventual sentença penal condenatória, sendo certo que a segregação antecipada somente ganha lastro se calcada na real necessidade do decreto, consubstanciada nos pressupostos delineados no artigo 312 do Código de Processo Penal, como atesta a presente hipótese.

Assim, diante da gravidade da conduta imputada à indiciada, entendeu-se necessária a custódia antecipada, com base na garantia da ordem pública. Além disso, asseverou o juiz:

Cumprir salientar que a conduta delituosa praticada pela indiciada insere-se dentre aquelas que causam maior temor à sociedade, ocasionando grande repercussão pela gravidade dos fatos, constituindo mesmo uma das atividades delitivas que com maior frequência aterrorizam o meio social, causando enorme clamor público.

Medidas cautelares diversas foram consideradas insuficientes, destacando-se, uma vez mais, a vedação à liberdade provisória prevista na Lei de Drogas. Impetrado *habeas corpus* em favor da acusada, a ordem foi denegada com base na quantidade de entorpecente e no malefício que ele representa, enquanto condições pessoais favoráveis não foram reputadas suficientes para assegurar a liberdade. Sentenciado o feito no dia 09 de outubro de 2012, a ré foi condenada a um ano e oito meses de reclusão no regime aberto, substituída a pena por duas restritivas de direitos. Assim, a segregação preventiva durou mais de três meses, sendo a acusada, ao final, condenada a pena não privativa de liberdade.

No feito de número **2012.01.1.084256-5**, SSL foi preso em flagrante no dia 04 de junho de 2012 porque ofereceu a duas pessoas e trazia consigo três porções de maconha, com massa total de 21,13g, encontrando-se em sua posse a quantia de R\$ 11,75. Policiais militares avistaram três indivíduos sentados em uma mureta, quando resolveu abordar o trio e encontrou os entorpecentes com o acusado. Os outros dois rapazes teriam dito que SSL lhes ofereceu drogas, mas negaram a oferta.

Em decisão interlocutória datada de 06 de junho, converteu-se a prisão em preventiva. No ato, foi destacada a legalidade do flagrante, bem como a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*, além da necessidade da constrição cautelar para garantia da ordem pública. Mais uma vez, foi ressaltada a gravidade do tráfico de drogas, além do temor que ele causa à sociedade, aterrorizando o meio social e causando enorme clamor público. Medidas diversas foram consideradas insuficientes, considerando a presença dos pressupostos e fundamentos autorizadores da prisão cautelar, bem como das condições de admissibilidade. Solicitada a revogação da prisão, o pleito foi indeferido, salientando-se que com a quantidade de maconha apreendida, era possível confeccionar mais de cinquenta pequenas porções. Diante disso, primariedade e bons antecedentes não seriam suficientes para garantir a liberdade.

O processo foi sentenciado no dia 08 de outubro de 2012, ocasião em que o réu foi condenado a um ano e oito meses de reclusão no regime aberto, substituídos por duas penas restritivas de direitos. Intimado no mesmo dia, SSL ficou preso preventivamente mais de quatro meses, sendo-lhe aplicada ao final da instrução reprimenda sem privação de liberdade.

No quarto processo sob análise na Segunda Vara de Entorpecentes, com numeração **2011.01.1.117110-3**, FWMS foi preso em flagrante no dia 11 de maio de 2011, juntamente com ACC e SOCS. Policiais investigavam SOCS e o filho, ACC, por comercializarem drogas, realizando filmagens na residência dos investigados. Estes foram abordados e a casa revistada, encontrando-se oito porções de maconha com 49,98g e mais oito porções da mesma

substância com 84,46g, além da quantia de R\$ 247,00. Na ocasião, FWMS, foi detido porque supostamente também teria participação no crime. Entretanto, ele sequer foi denunciado, por não ter ficado esclarecida sua conduta, motivando o Ministério Público a pedir diligências e a liberdade provisória.

Destaque-se que a defesa de FWMS também requereu a liberdade provisória, que foi indeferida diante da materialidade e dos indícios de autoria, pois agentes da polícia o teriam visto vendendo drogas. Somente em 28 de junho o pleito feito pelo Promotor de Justiça foi atendido, destacando-se da decisão que:

Compulsando os autos neste momento processual, verifica-se que, por ora, não há elementos a respaldar a manutenção da prisão cautelar do autuado, porquanto as circunstâncias da prisão afiguram-se bastante nebulosas, sendo mais prudente que aguarde eventual ação penal em liberdade. (p.122)

Diante da insuficiência dos elementos colhidos em apontar a sua participação no tráfico, o feito foi arquivado. Contudo, é importante repisar que FWMS ficou encarcerado mais de um mês e meio sem condenação e nem sequer acusação formal.

Nos autos de número **2012.01.1.0099566-5**, JFP foi flagrada em 28 de junho de 2012 quando tentava entrar em presídio com droga em suas cavidades naturais. Ela foi submetida a exame médico, oportunidade em que foi encontrada uma trouxa de crack com 42,67g. O flagrante foi analisado em 02 de julho, convertendo-se a prisão em preventiva. Na decisão, foram ressaltadas a materialidade delitiva e os indícios de autoria, além da necessidade da constrição cautelar para garantia da ordem pública, pois “a conduta praticada pela indiciada insere-se dentre aquelas que causam maior temor à sociedade, ocasionando grande repercussão pela gravidade dos fatos, constituindo mesmo uma das atividades delitivas que com maior frequência aterrorizam o meio social” (p. 17).

Além disso:

[...] o delito de tráfico de drogas possui pena máxima superior a 04 (quatro) anos de reclusão – portanto possui autorização para a aplicação da medida constritiva mais gravosa, nos termos do art. 313, inc. I do CPP – e é daqueles em que suas ações repercutem imensamente no âmbito social, uma vez que é precursor de diversos outros crimes, cometidos, por vezes, inclusive, com violência e grave ameaça.

Mais uma vez, medidas alternativas foram consideradas insuficientes e inadequadas, fazendo-se menção também à vedação à liberdade provisória contida na Lei de Drogas. Impetrado *habeas corpus*, a ordem foi denegada em razão do alto poder viciante do crack,

bem como pela ousadia e destemor da paciente em tentar levar entorpecentes para o interior de estabelecimento prisional.

A sentença proferida em 28 de setembro de 2012 condenou a ré a um ano, onze meses e dez dias de reclusão no regime aberto, sem substituição por restritivas de direitos, por não se mostrar recomendável. Ela foi solta na mesma data, depois de passar exatos três meses encarcerada provisoriamente.

No processo **2012.01.1.016240-3**, TMF e MSA foram presos em flagrante em 06 de fevereiro de 2012, porque mantinham em depósito e vendiam crack. Na data mencionada, uma usuária entrou na residência dos acusados, e os policiais aproveitaram o momento para adentrar também e revistar o imóvel. Na bolsa da usuária foram localizadas duas pedras do entorpecente, com massa bruta de 0,77g, que ela teria adquirido de TMF por R\$ 10,00. Em poder dele foram encontrados R\$ 37,00 e com MSA, R\$ 120,00. A Polícia Militar utilizou cães farejadores no imóvel, mas nada mais foi achado, pois o casal manteria a droga em local diverso de sua casa. Na ocasião, outro usuário também teria chegado pedindo R\$ 15,00 “em pedra”.

Em decisão proferida dois dias depois, o flagrante foi convertido em prisão preventiva, destacando-se a higidez daquele ato e também a materialidade delitiva e os indícios de autoria dos fatos imputados. Como fundamento para manutenção do cárcere, foi apontada novamente a garantia da ordem pública, diante da gravidade do tráfico de drogas. Medidas cautelares alternativas foram consideradas insuficientes. Impetrado *habeas corpus* em favor de MSA, a ordem foi denegada diante das circunstâncias fáticas, que demonstravam a necessidade de manutenção da custódia.

A sentença de 17 de julho de 2012 julgou procedente a denúncia, condenando MSA a um ano e oito meses de reclusão no regime fechado, porém substituídos por duas restritivas de direitos. O mesmo foi feito em relação a TMF. Intimados na mesma data, os réus ficaram presos preventivamente mais de cinco meses, e colocados em liberdade depois de condenados.

Nos autos de número **2012.01.1.029225-3**, MOS e WCB foram presos em flagrante no dia 05 de março de 2012, porque guardavam porções com 6,26g e 28,66g de crack nos galhos de uma árvore, encontrando-se com eles também R\$ 750,00. O Ministério Público requereu a conversão da prisão em preventiva, o que foi atendido no dia 06 de março. Na decisão, destacou-se a existência de “sólidos indícios de autoria delitiva, bem como de materialidade da infração imputada aos autuados” (p. 80), além de serem consideradas insuficientes medidas cautelares diversas. Ademais, anotou a magistrada:

No caso vertente, verifico que os autuados não fazem jus à liberdade provisória, eis que além de existirem indícios de autoria e materialidade delitivas, consubstanciados nas declarações do condutor e testemunhas, estes possuem outras incidências penais, fls. 19/76, tendo inclusive condenações pela prática de tráfico ilícito de drogas, conforme se verifica na certidão de fl. 22, e furto qualificado, fl. 46, o que demonstra que possuem tendências a práticas delitivas, sendo, portanto, necessária a cautela provisória para o resguardo da ordem pública, bem assim para assegurar a instrução processual e a efetiva aplicação da lei penal.

Entretanto, o órgão ministerial optou por não oferecer denúncia por tráfico no caso, diante da inexistência de provas concretas de que os autuados estivessem difundindo entorpecentes. Assim oficiou-se pela desclassificação para uso de drogas.

Em 16 de março de 2012, foi concedida a liberdade provisória, “Isto porque os fatos são nebulosos, uma vez que existem nos autos somente os depoimentos de algumas testemunhas que não presenciaram os autuados em situações típicas de tráfico de drogas” (p. 133). Já em 17 de abril, o feito foi sentenciado, imputando a MOS e WCB a conduta descrita no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006. No mesmo ato, foi declarada extinta a punibilidade, visto que eles permaneceram presos provisoriamente mais de dez dias, “não havendo espaço, em vista dos princípios da proporcionalidade e da retributividade, para imposição de qualquer outra sanção” (p. 163). Frise-se novamente que, mesmo sem provas do envolvimento na difusão ilícita de drogas, os autuados ficaram encarcerados onze dias.

No feito com numeração **2011.01.1.094478-9**, DRF foi preso em flagrante em 28 de maio de 2011 porque vendeu uma porção de crack com 0,12g a um usuário, além de manter em depósito outra fração da mesma droga com 3,26g. Policiais realizavam investigações, inclusive com filmagens, que apontavam o réu como traficante nas proximidades de sua residência. Assim, no dia dos fatos, eles avistaram quando foi feita a venda, encontrando a droga com o usuário e também no meio-fio, onde DRF costumava se dirigir. Com ele foi apreendida a quantia de R\$ 35,00 e em sua residência ainda foi localizada uma faca com resquícios de crack.

Ressalte-se que também nesse caso, os fatos ocorreram antes da Lei 12.403 de 2011, que alterou dispositivos do Código de Processo Penal concernentes à constrição cautelar. Assim, não há nos autos análise do ato flagrantial, tampouco decisão convertendo-o em prisão preventiva. Entretanto, na audiência realizada em 27 de setembro de 2011, foi relaxada a prisão por excesso de prazo.

Na sentença prolatada em 11 de julho de 2012, o réu foi absolvido diante da inexistência de provas contundentes que indicassem que ele difundia drogas ilicitamente. As

filmagens tinham qualidade ruim e o usuário não foi encontrado para prestar esclarecimentos em juízo. No caso, observa-se que o acusado ficou quase quatro meses encarcerado e nem sequer houve condenação.

Já no processo de número **2012.01.1.030061-6**, ROS foi preso em flagrante em 06 de março de 2012 porque, de acordo com a denúncia, tinha em depósito uma porção de cocaína com 72,99g, duas porções da mesma droga com 19,07g, uma porção de crack com 629,96g e uma de maconha com 60g, além de ser encontrado em sua residência um revólver calibre 38 e diversas munições. Após receberem “denúncia anônima” de que havia uma motocicleta roubada no endereço do réu, Policiais Civis se dirigiram até lá, sendo recepcionados pela cunhada de ROS, que apresentou a documentação do bem e demonstrou inexistirem irregularidades. Os Policiais então avistaram uma copiadora de CDs e vários discos falsificados, ocasião em que solicitaram autorização para adentrar no imóvel. Durante as diligências, as drogas e a arma foram encontradas no quarto supostamente ocupado por ROS, bem como uma balança de precisão. Destaque-se que no laudo preliminar em material, não se constatou a substância presente nas porções de 19,07g e 629,96g, e em exame definitivo, foi obtido resultado positivo para lidocaína e cafeína.

A prisão foi convertida em preventiva no dia seguinte, destacando-se na decisão a prova da materialidade e os indícios de autoria, bem como a necessidade do cárcere para garantia da ordem pública. No mais, repetiram-se fidedignamente os mesmos argumentos já explicitados nos processos da mesma Vara analisados acima, tais como a gravidade do tráfico de drogas e o temor que causa à sociedade.

Na sentença de 16 de julho de 2012, o réu foi absolvido diante da fragilidade do conjunto probatório, depois de passar mais de quatro meses preso provisoriamente.

Nos autos **2011.01.1.186689-9**, JL e WJQT foram flagrados em 23 de setembro de 2011 porque mantinham em depósito, inclusive com intenção de venda, na Drogaria pertencente a ambos, medicamentos sujeitos a controle especial (duas caixas de Fluoxetina e duas de Sibutramina), medicamentos falsificados (dois comprimidos de Cialis) e outros sem registro no órgão de vigilância sanitária competente (vinte e quatro comprimidos de Pramil). Durante uma operação, fiscais da ANVISA foram ao estabelecimento e localizaram os remédios em uma lixeira no escritório. JL assumiu que os mantinha no cofre e descartou com a chegada da fiscalização. Na decisão proferida pelo magistrado plantonista no dia seguinte, as prisões em flagrante foram convertidas em preventiva, pois:

No caso em tela, nota-se que o auto de prisão em flagrante se apresenta formalmente regular.

Além disso, a materialidade e os indícios de autoria decorrem claramente dos elementos contidos no auto de prisão em flagrante, em especial pelos depoimentos colhidos pela autoridade policial, indicativos de que os autuados mantinham a posse sobre a substância ilícita e tentaram escondê-la no recipiente de lixo.

Acompanha o auto também o laudo prévio do material apreendido, indicando se tratar, em princípio, de substâncias de comercialização proibida no território nacional e há também remédios falsificados.

[...] Quanto à prisão preventiva, nota-se que os requisitos do art. 312 do CPP estão presentes.

A quantidade de substância apreendida indica, em princípio, a gravidade da conduta, colocando em evidente risco a segurança e a saúde públicas, tudo a indicar, concretamente, a periculosidade do agente. Note-se que os agentes mantinham em estabelecimento comercial do ramo farmacêutico medicamentos restritos e também falsificados.

Assim, que a gravidade concreta do crime justifica a necessidade da manutenção da segregação do agente, como garantia da ordem pública.

Ademais, vale repisar que, em tais casos, o próprio constituinte restringiu, sobremaneira, o sagrado direito à liberdade quando impôs ao legislador ordinário a inafiançabilidade e, na luz da evidência, a liberdade provisória (com ou sem fiança), relativamente a delitos que irrompem significativamente a ordem social como nos casos de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e aqueles definidos como crimes hediondos (art. 5º, XLIII).

[...] impõe-se a manutenção da custódia cautelar, para garantia da ordem pública, em razão da periculosidade concreta do agente, extraída da própria conduta delituosa.

Averbe-se, por oportuno, que, dada a periculosidade concreta do agente e do fato-crime, as medidas cautelares alternativas à prisão não se mostram, por ora, adequadas, sendo de todo recomendável a manutenção da segregação como único instrumento que atende as peculiaridades do caso concreto e do homem-autor. (p. 91 e 92)

Contudo, em 29 de setembro foi concedida a liberdade provisória, porque “Em que pese haver indícios de autoria e materialidade delitiva, verifica-se que, por ora, não há elementos a respaldar a manutenção da prisão cautelar dos autuados” (folha 82). Assim, eles passaram seis dias presos provisoriamente e, ao final do processo, foram absolvidos, porque não ficou evidenciado que os réus tivessem a intenção de vender os medicamentos apreendidos.

No processo com número **2012.01.1.082382-2**, JSS, WAP e EPMS foram presos em flagrante no dia 31 de maio de 2012 depois que Policiais Civis receberam notícia de mercancia de drogas na residência dos réus. No local foram apreendidos: uma porção de crack com 5,71g, seis porções de maconha com 58,96g, uma porção de cocaína com 0,36g, três porções de crack com 6,98g, uma porção de cocaína com 2,35g, uma porção de maconha com 0,29g, além de R\$ 129,00 em espécie. Em decisão do dia seguinte, o magistrado entendeu

pela legalidade do flagrante, bem como pela necessidade da manutenção do cárcere em relação a JSS para garantia da ordem pública. Na ocasião, destacaram-se a prova da materialidade e os indícios de autoria, além da gravidade da conduta imputada ao acusado, flagrado com quantidade considerável de crack e maconha. Extrai-se da peça processual que:

O ‘crack’ é hoje uma das drogas mais devastadoras que assolam a sociedade brasileira, uma vez que possui um poder de profusão enorme, já que é uma substância extremamente barata e que vicia rapidamente seu usuário. Não obstante o indiciado estar de posse da citada substância – além, também de ‘maconha’ – o usuário G.G.V. confirmou ter adquirido ‘crack’ do autuado pela quantia de R\$ 5,00 (cinco) reais, demonstrando, ainda mais, a necessidade de se resguardar a saúde e a ordem pública.

Medidas cautelares diversas foram consideradas insuficientes pelos motivos elencados. Contudo, quanto às outras duas autuadas, entendeu-se que os fatos estavam ainda nebulosos e necessitavam de maior dilação probatória. Isso porque a abordagem delas foi aleatória, não foram vistas vendendo drogas ou em qualquer atitude que indicasse tal ação. O fato de elas estarem no local, mas sem nenhum entorpecente em sua posse direta, não era o bastante para apontá-las como possíveis traficantes. Assim, a prisão de WAP e EPMS foi relaxada e em 27 de julho o feito foi desmembrado em relação às duas.

Em 19 de setembro de 2012 o feito foi sentenciado e JSS foi condenado a um ano e oito meses de reclusão, já que reconhecida a causa especial de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Intimado no dia seguinte, o réu foi solto depois de passar mais de três meses encarcerado preventivamente.

3.2.3. Terceira Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

Abordados os processos da Segunda Vara de Entorpecentes, serão analisados agora aqueles coletados na Terceira Vara. Começando pelo feito de número **2012.01.1.036174-5**, em que JPSC foi flagrado em 16 de março de 2012 depois de vender uma porção de crack de 1,29g a um usuário, trazendo também consigo uma porção de maconha de 8,10g. Agentes de Polícia realizavam diligências em via pública e visualizaram o momento em que o réu passou a droga para o usuário, o qual foi abordado em seguida e admitiu a compra. JPSC foi abordado com o restante do entorpecente, encontrando-se em sua posse também a quantia de R\$ 310,00. Foi realizada busca na residência dele, onde se localizou um objeto cilíndrico com resquícios de drogas.

Na mesma data, preferiu-se decisão convertendo o flagrante em prisão preventiva. Na oportunidade, o magistrado apontou a materialidade e os indícios de autoria, estes consubstanciados no depoimento dos policiais e do usuário. Ademais, ressaltou:

Já com relação à análise do flagrante, conforme preconiza a Lei no. 12.403/2011, tenho que, de fato, não há como aventar a possibilidade de concessão de liberdade provisória ou das medidas cautelares elencadas naquela norma, sem afrontar o texto constitucional, a vedação contida no art. 44 da Lei no. 11.343/2006 e regra de hermenêutica, que a lei geral não revoga lei especial (Lei de Introdução ao Código Civil e art. 2º do Decreto-Lei no. 4.657/1942).

Estabelecidos esses parâmetros, há que se reconhecer que o art. 44 da Lei no. 11.343/2006 veda peremptoriamente a concessão de liberdade provisória àqueles que são presos em flagrante por tráfico de drogas. E tal restrição está em consonância com a Carta Magna. Senão, vejamos:

A Constituição Federal impediu que determinados delitos, como o terrorismo, a tortura, o tráfico de entorpecentes e drogas afins e os definidos como hediondo gozassem de certos benefícios penais ou processuais, como fiança, graça ou anistia (inciso XLIII).

Mais à frente, a Carta Política estabeleceu parâmetros de legitimidade para a prisão cautelar: Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança (inciso LXVII).

Numa interpretação sistemática, vê-se claramente que caberá à lei ordinária estabelecer os casos passíveis de liberdade provisória, com ou sem fiança.

Por conta disso, não há qualquer mácula de constitucionalidade nas leis que vedarem concessão de liberdade para os autores de crimes hediondos ou equiparados. Num primeiro momento, veio a Lei no. 8.072/90 e agora a Lei no. 11.343/2006. (p. 27)

Ele prossegue:

A modificação da Lei dos Crimes Hediondos pela Lei no. 11.464/2007, excluindo do elenco de vedações a liberdade provisória, não mudou o quadro com relação ao tráfico de entorpecente, disciplinado por lei específica, onde a restrição permanece (art. 44).

Mas se partíssemos para uma interpretação teleológica, chegaríamos também à conclusão de que o Constituinte Originário, ao vedar a concessão de fiança para certos crimes, modalidade mais gravosa da liberdade provisória, estaria, *mutatis mutandis*, negando o deferimento da sua forma gratuita ou sob mero compromisso de comparecer nos atos processuais. (p. 31)

Assim, “pouco ou nada importa a presença ou não dos pressupostos da prisão preventiva, quando se está diante um crime hediondo ou tráfico de drogas” (p. 33), visto que a vedação constitucional ou das leis especiais à liberdade provisória já seria suficiente. De toda sorte, considerou-se que estavam presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, ainda mais porque o flagrante foi feito em local com intenso comércio de drogas, e foi “apreendido com

o autuado o valor de R\$ 310,00 (trezentos e dez reais), em notas pequenas, uma vez que é comum traficantes portarem dinheiro trocado, em razão das constantes vendas que efetuam” (p. 33). Diante desse quadro, apontou-se a necessidade da custódia para proteção do corpo social e da ordem pública, vez que “As circunstâncias da infração apontam a periculosidade, o desprezo pela saúde do próximo, arrimada unicamente na cupidez e satisfação do interesse próprio” (p.34).

Medidas cautelares diversas foram consideradas insuficientes para assegurar a instrução e a aplicação da lei penal, muito embora não se tenha feito menção à coação de testemunhas, ou mesmo a possibilidade de fuga do acusado. O juiz termina dizendo que:

Por conseguinte, a concessão da liberdade provisória em crimes cercados por certas circunstâncias, como no caso presente, desprestigia não só a Justiça, como todo aparelhamento repressivo estatal, já que se espera, no mínimo, uma prévia resposta do Estado, antes do seu retorno ao convívio social. Avilta a consciência média, permitir que alguém com traços de periculosidade e presa nas circunstâncias em que teria ocorrido o fato, seja incontinenti posto em liberdade, sem prévia resposta Estatal. (p. 36)

Requerida a revogação da prisão, o pleito foi indeferido diante da inexistência de fatos novos, vez que os fundamentos ventilados já tinham sido analisados no momento da conversão do flagrante, e condições pessoais favoráveis não seriam suficientes para garantir a liberdade, sendo um “comportamento mínimo exigível de todas as pessoas de bem” (p.140). Entretanto, na audiência de 31 de maio de 2012, foi relaxada a prisão, em razão da ausência dos requisitos inicialmente previstos para imposição.

Na sentença datada de 07 de outubro de 2012, a conduta imputada ao réu foi desclassificada para aquela prevista no artigo 28 da Lei 11.343 de 2006, pois não ficou comprovado que ele vendeu o crack ao usuário e a porção de maconha encontrada com ele, ao que tudo indicava, era para próprio consumo. JPSC já estava solto, mas passou mais de dois meses preso provisoriamente por uma conduta que sequer ficou provada.

Nos autos **2012.01.1.076613-6**, WSD foi preso em flagrante em 23 de maio de 2012 com três porções de maconha totalizando 123,66g. Policiais militares faziam patrulhamento quando viram três indivíduos em “atitude suspeita”, sendo que o réu teria dispensado a droga no chão ao perceber a aproximação da viatura. Realizada busca pessoal, foi encontrado um revólver calibre 38, crime declinado para outro juízo. Com os outros dois rapazes foi localizado dinheiro e um cigarro de maconha.

Na decisão proferida em 25 de maio, destacou-se a legalidade do flagrante e a presença dos requisitos da prisão preventiva. Ficou consignado na ocasião que:

A quantidade de maconha aponta no sentido de que a substância se destinaria ao comércio ilícito, considerando que seu consumo é, em medida, de 1g por cigarro e consumidores regulares adquirem de 5g a 10g no máximo por vez, para um consumo de uma a duas semanas.

Foram apreendidos quase 124g de maconha, à luz do dia, por quem também portaria um revólver, circunstâncias que, por si só, causa *[sic]* grande preocupação pelo grau de envolvimento do autuado com o tráfico de drogas e violência naquela região. (p. 16)

E ainda:

O *modus operandi*, os motivos do crime e o tipo de droga – maconha – exaltam a preocupação deste Juiz para com a situação narrada no auto de prisão, pelos riscos que o autuado representaria para a saúde da comunidade. Considerando que o autuado buscaria atingir pessoas já castigadas pela miséria e/ou baixa renda, as consequências do seu comportamento refletiriam de modo mais gravoso sobre um juízo de reprovação e periculosidade.

Todo esse quadro desponta para o perigo do tráfico de maconha, assim como a característica da personalidade daqueles que se voltam à sua difusão, porque demonstram total desvalor pelo próximo. A liberdade implica no sacrifício da saúde e segurança da comunidade, colocando em risco a ordem pública. (p. 16 e 17)

Além do que foi exposto, o acusado já teria uma condenação por tráfico e, assim, a liberdade poderia significar um incentivo para prosseguir na seara criminoso. O pedido de liberdade provisória formulado foi indeferido pois, embora o artigo 44 da Lei de Drogas tenha sido declarado inconstitucional, também estariam presentes os requisitos da preventiva.

O feito foi sentenciado em 14 de setembro de 2012 e o réu absolvido da imputação que lhe foi feita, diante da inexistência de provas contundentes de que a droga apreendida lhe pertencia. Ele foi solto no mesmo dia, depois de passar quase quatro meses preso provisoriamente.

No processo de numeração **2012.01.1.080704-4**, HBF foi preso em flagrante no dia 29 de maio de 2012 porque vendeu a usuário uma porção de crack com 5,58g, além de manter em depósito outra fração da mesma substância com 11,81g. Agentes de polícia receberam “denúncias anônimas” indicando o autuado como traficante e, no dia dos fatos, eles se deslocaram até um dos endereços mencionados, oportunidade em que o viram vendendo a

droga, bem como escondendo o restante embaixo do pneu de um carro. Toda a ação teria sido filmada. Com HBF também foram apreendidos R\$51,50.

Foi proferida decisão em 01 de junho de 2012, ocasião em que o ato flagrantial foi convertido em prisão preventiva. Aduziu o magistrado o risco que a droga apreendida causa à saúde coletiva, haja vista o forte efeito viciador e alucinógeno do crack, o que aponta “para a periculosidade daquele que está envolvido na sua difusão” (p. 24). Ademais:

Chama à atenção a porção de ““crack”” apreendida (17,39g), o que mostraria um forte laço do autuado com o submundo das drogas, em particular uma substância de forte efeito destrutivo, seja na escala pessoal, como social, conforme mostram os últimos estudos e reportagens sobre os seus efeitos no seio social.

Para se ter uma dimensão do problema social e segurança pública que assola a difusão do “crack”, já existem locais públicos conhecidos com o nome de “crackolândia”, como, p. ex. a rodoviária do plano piloto. (p.24)

Assim, falou-se mais uma vez que as pessoas atingidas já são castigadas pela miséria e que é necessária a pronta resposta estatal nesse tipo de crime, visando garantir a ordem, a saúde pública, a instrução e a aplicação da lei penal (embora não tenham sido tecidos maiores comentários a estes últimos fundamentos).

Na sentença do dia 31 de outubro de 2012, o réu foi condenado a dois anos, dois meses e doze dias de reclusão no regime aberto, substituídos por duas restritivas de direitos. Após mais de cinco meses de cárcere cautelar, converteu-se a prisão preventiva em duas medidas cautelares, pois diante da substituição da pena, tornou-se desnecessária a segregação. Dessa forma, foi determinado “o recolhimento domiciliar e a proibição de frequentar bares e locais conhecidos ou destinados ao consumo e venda de droga” (p. 185), expedindo-se alvará de soltura em favor de HBF.

3.2.4. Quarta Vara de Entorpecentes do Distrito Federal

Passar-se-á, agora, à análise dos processos da Quarta e última Vara de Entorpecentes. Nos autos **2011.01.1.132369-9**, MCF e EPC foram flagrados em 19 de julho de 2011 transportando duas porções de maconha com 435g. Eles foram parados em um posto da Polícia Rodoviária, ocasião em que os agentes sentiram um forte odor característico da droga e, em busca no interior do veículo conduzido pelo primeiro denunciado, localizou-se a maconha em uma coluna lateral, do lado do segundo denunciado.

No dia 22 de julho de 2011, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Na decisão, a magistrada destacou a legalidade do ato flagrantial, bem como:

os pressupostos para a prisão preventiva, quais sejam, indícios de autoria e materialidade do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, em tese, praticado pelos autuados, além de um de seus requisitos objetivos, é dizer, suposta prática de crime cuja pena máxima prevista é superior a quatro (04) anos (art. 313, I, CPP). Enfim, também se vislumbra a presença de alguns de seus fundamentos, constantes no art. 312 do CPP (ameaça à ordem pública ou econômica, à instrução processual ou à garantia da aplicação da lei penal, quando insuficientes e inadequadas outras cautelares previstas em lei).

Com efeito, trata-se o tráfico de drogas de crime de especial gravidade, equiparado a hediondo e de particular repercussão social, vez que fomenta a criminalidade e compromete sobremaneira a saúde e a segurança públicas, sendo, ademais, insuscetível de liberdade provisória, em razão da vedação prevista no art. 44 da Lei nº 11.343/2006. (p. 64)

Ela aduziu que, embora o STF já tivesse flexibilizado o rigor do artigo 44 da Lei de Drogas, devendo ser analisada a manutenção da prisão diante das especificidades de cada caso,

verifica-se que a natureza do crime, a forma com que foi perpetrado, em plena via pública, a denotar o destemor e a audácia dos conduzidos, e, ainda, a grande quantidade de droga apreendida, autorizam concluir pela necessidade de manutenção da prisão cautelar como forma de garantir-se a ordem pública e evitar reiteração de atos análogos. (p. 64)

Medidas cautelares diversas foram reputadas inadequadas ou incabíveis e insuficientes ou inócuas, implicando resposta muito aquém à necessária para resguardar a saúde e segurança públicas. Impetrou-se *habeas corpus*, pedido de liberdade provisória e de relaxamento de prisão, todos negados. Todavia, em 27 de julho foi deferida a liberdade provisória de MCF, ressaltando-se da decisão que:

Com a Lei n. 12.403/2011, a prisão em flagrante delito restringir-se-á a um momento inicial de possível imposição de medida cautelar. O interesse da prisão em flagrante é o de preservar a prova. Após a lavratura do APF cessa esta função pré-cautelar. A prisão em flagrante somente subsistirá entre a lavratura do auto e a sua análise judicial. Ao receber o auto de prisão em flagrante cabe ao juiz percorrer uma ordem de prejudicialidades, analisando os critérios de legalidade, necessidade e adequação. A nova sistemática prevista no artigo 310 do CPP exige que o juiz aprecie se a prisão é legal; se há necessidade de aplicação de medida cautelar e, neste caso, qual a medida cautelar adequada.

Compulsando os autos, verifico que a legalidade da prisão em flagrante do acusado já foi analisada, oportunidade em que foi decretada a prisão preventiva. Ocorre que a prisão cautelar trata-se de imposição *rebus sic stantibus*, que apenas se justifica enquanto estritamente necessária. Neste sentido, observo que o requerente traz, aos autos, argumentos novos e devidamente comprovados para fundamentar seu pedido de liberdade

provisória. O acusado instrui seu pedido com comprovação de residência e emprego fixos, bem como certidão negativa de antecedentes criminais.

[...]

A aplicação de alguma medida cautelar exige a necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais. Analisando os autos, verifico que não há indicativos de que o réu pratique infrações penais, eis que primário. Também não há indícios de que frustrará a aplicação da lei penal, porque possui emprego e residência fixos. Lado outro, a liberdade do acusado não põe em risco a instrução probatória, uma vez que a droga foi apreendida pelos policiais e confessada sua propriedade pelo outro acusado, em sede inquisitorial.

Por fim, entendo necessária a aplicação de outra medida cautelar mais branda, cumprindo-me aplicar a medida mais adequada à gravidade do crime, às circunstâncias do fato e às condições pessoais do acusado, conforme preceitua o inciso II do artigo 282 do CPP.

A mudança legislativa trouxe um modelo polimorfo, que rompe com o binário reducionista de prisão cautelar ou liberdade provisória, para oferecer ao juiz um rol de medidas alternativas à prisão preventiva. O § 6º do art. 282 informa o critério da prisão preventiva como medida excepcional: “A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar”. Ou seja, a própria legislação já estabeleceu aqui, como critério de proporcionalidade, que a prisão preventiva somente poderá ser aplicada de maneira excepcional, desde que não sejam cabíveis nenhuma das medidas cautelares do art. 319 do Código.

Assim, entendo suficiente o comparecimento quinzenal do investigado na secretaria deste juízo, para comprovar trabalho lícito, mediante declaração quinzenal atualizada do seu empregador. (p. 92 e 93)

Feito pedido de relaxamento da prisão de EPC, desta vez por excesso de prazo, mas novamente foi indeferido. Na oportunidade, asseverou-se que na vigência da Lei 6.368 de 1976, antiga lei que regulava o tráfico de drogas, jurisprudência e doutrina consideravam como prazo máximo de custódia cautelar 109 dias, podendo-se dilatar para até 139 dias se instaurado incidente de dependência toxicológica. Com a Lei 11.343, o prazo teria passado para 99 dias ou 111 se houvesse patrocínio da Defensoria Pública. Em caso de instauração de incidente de dependência toxicológica, os prazos ficariam em 159 dias e 171 dias, quando patrocinado por defensor público. No caso, embora os 99 dias já estivessem ultrapassados, considerou-se que a complexidade dos fatos autorizavam sua superação, com base no princípio da razoabilidade. Contudo, na audiência realizada em 5 de dezembro de 2011, foi reforçado mais uma vez o pedido de liberdade de provisória, que foi acatado.

No dia 10 de abril de 2012, o feito foi sentenciado, absolvendo-se MCF e condenando EPC a um ano e oito meses de reclusão no regime fechado, porém com substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Repise-se que, embora já estivessem soltos, o primeiro réu ficou cerca de seis dias preso cautelarmente, enquanto o segundo ficou recolhido por quase cinco meses.

No processo com número **2012.01.1.000442-9**, WR foi preso em flagrante em 06 de janeiro de 2012 porque trazia consigo vinte e nove porções de crack, com massa total de 28,80g. Policiais que faziam patrulhamento observaram que o réu os olhava fixamente da esquina, o que motivou a abordagem. Com a aproximação, ele jogou o pote com a droga em cima de um telhado, porém o objeto foi recuperado. Com WR também foram encontrados R\$ 78,00.

No plantão judiciário do dia seguinte, a prisão em flagrante foi convertida em preventiva. Na oportunidade, destacou-se a higidez do ato flagrancial, bem como a materialidade e os indícios de autoria. Ademais, o porte de elevada quantidade de droga indicaria, *a priori*, que seu destino não era apenas o próprio consumo, o que estaria reforçado também pelo dinheiro apreendido, “o qual possivelmente foi fruto dessa atividade mercantil ilícita”. Tais fatos, aliados à forma de acondicionamento, indicariam a pretensão de difusão. Prossegue o magistrado dizendo que “Assim, a ordem pública, garantida pelos policiais e pelo próprio povo, seria inevitavelmente ameaçada, à medida que o dano social, portanto, é bem menor com a manutenção da prisão da acusada [*sic*] do que com a sua libertação” (p. 43). Requisitada a revogação da preventiva em sede de alegações preliminares, o pedido foi negado pela inexistência de fatos novos que justificassem a alteração da decisão proferida anteriormente.

Na sentença datada de 01 de junho de 2012, WR foi condenado a dois anos de reclusão no regime inicial fechado, mas a pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos. Assim, o réu foi solto depois de quase cinco meses preso provisoriamente.

No terceiro processo em análise nessa Vara, de número **2012.01.1.01877-6**, MA foi preso em flagrante em 10 de fevereiro de 2012 pois transportava setenta e oito porções de maconha com 158,45g. Ele foi avistado por policiais em uma rodovia e, em razão de mandado de prisão em seu nome, foi determinada a parada do carro em que estava. Em busca pessoal foram encontrados R\$ 101,70 e no automóvel, entre o banco traseiro e o tanque de combustível, foram localizadas as drogas.

Em decisão proferido por juiz plantonista, reputou-se legal o flagrante, bem como necessária a conversão da prisão em preventiva para garantia da ordem pública, já que o acusado foi preso com entorpecente em quantidade e forma de acondicionamento que fazem concluir pela destinação ao tráfico. Tal fato demonstraria a periculosidade de sua conduta para a sociedade e, ademais, MA já teria sido condenado por outro crime. Assim, medidas diversas foram consideradas insuficientes.

Contudo, na sentença proferida em 06 de julho de 2012, julgou-se improcedente a denúncia e o réu foi absolvido, visto que a propriedade da droga encontrada no automóvel que sequer era conduzido por ele não ficou comprovada, e na ocasião havia mais três pessoas em seu interior. Dessa forma, depois de quase cinco meses preso preventivamente, o MA foi colocado em liberdade.

No processo de número **2012.01.1.014167-3**, DFB foi preso em flagrante no dia 04 de fevereiro de 2012 porque transportava a mando de WFB uma pequena porção de crack, enquanto este mantinha em depósito em sua residência duas porções da mesma droga, com 178g. Policiais Militares foram averiguar uma suposta perturbação da ordem pública, quando avistaram que DFB se assustou e correu. Os agentes passaram a persegui-lo até uma casa, sendo que antes de entrar, ele arremessou algo no telhado. Ao ingressarem na residência, os Policiais o encontraram sentado no sofá, ocasião em que ele esclareceu que o objeto arremessado se tratava de entorpecente que seria entregue a uma pessoa desconhecida a mando de WFB. Em busca no local, foi encontrado o restante do crack.

Em decisão do plantão judicial no mesmo dia, destacou-se a higidez do ato flagrancial, bem como a necessidade de conversão em prisão preventiva para garantia da ordem pública. Asseverou a magistrada que:

A gravidade da conduta imputada ao denunciado (tráfico de drogas) autoriza a custódia antecipada, motivada pela garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para se assegurar a aplicação da lei penal, sobretudo em razão da gravidade da conduta supostamente praticada pelo acusado. (p. 46 e 47)

Diante do temor causado à sociedade, também foram consideradas inadequadas medidas diversas da prisão. O *habeas corpus* impetrado em favor de DFB foi denegado, assim como também foi indeferido o pedido de revogação da preventiva. Contudo, na audiência realizada em 9 de maio de 2012, o juiz, de ofício, considerou que não estavam mais presentes os requisitos para manutenção do cárcere, haja vista os depoimentos incoerentes dos policiais, pondo em dúvida a própria dinâmica dos fatos narrados na denúncia e, conseqüentemente, a prova da materialidade e os indícios de autoria. Ademais, o acusado era primário, tinha endereço fixo e atividade laboral lícita. Assim, ele foi colocado em liberdade no mesmo dia.

Na sentença de 13 de agosto de 2012, tanto WFB, que respondeu ao processo solto, quanto DFB foram absolvidos, diante da fragilidade das provas. Entretanto, é oportuno ressaltar que o segundo ficou mais de três meses preso provisoriamente.

No processo **2012.01.1.060055-8**, SAP foi presa em flagrante em 25 de abril de 2012 quando tentava ingressar em penitenciária com uma porção de maconha de 3,35g. Já havia “denúncia anônima” dando conta de que ela levava drogas para o presídio, então, a ré foi separada e retirou o entorpecente de suas cavidades naturais. Dois dias depois, a prisão foi convertida em preventiva, ressaltando-se na decisão que “Os indícios presentes no referido auto são suficientes para demonstrar, em tese, que a autuada estaria realizando o tráfico ilícito de entorpecentes, no interior de um estabelecimento prisional” (p. 37). Diante da prova da materialidade e dos indícios de autoria, bem como da necessidade do cárcere para garantia da ordem pública, reputou-se impossível a liberdade provisória. De acordo com o magistrado:

Com efeito, trata-se o tráfico de drogas de crime de especial gravidade, equiparado a hediondo e de particular repercussão social, vez que fomenta a criminalidade e compromete sobremaneira a saúde e a segurança públicas, sendo, ademais, insuscetível de liberdade provisória, em razão da vedação no art. 44 da Lei nº 11.343/2006. (p.38)

Medidas cautelares diversas foram consideradas inadequadas e insuficientes, e o *habeas corpus* impetrado em favor de SAP foi denegado, diante da proibição legal e também da gravidade do crime equiparado a hediondo. Todavia, na audiência realizada em 16 de julho, foi concedida a liberdade provisória, diante do pedido do Ministério Público para que a conduta fosse desclassificada para consumo compartilhado, inexistindo justificativa para manutenção da prisão.

Na sentença datada de 14 de agosto de 2012, a ação foi efetivamente desclassificada, já que a pequena quantidade de droga e os depoimentos indicavam que SAP faria uso da maconha com seu irmão na visita à penitenciária. Porém, antes disso, ela passou quase três meses presa preventivamente.

Nos autos **2012.01.1.058530-5**, OALJ foi preso em flagrante em 23 de abril de 2012 porque guardava em sua residência vinte porções de crack, com 4,26g e três porções de maconha, com 20g. Policiais foram informados de que no local havia indivíduos armados traficando drogas e, em vista disso, eles se deslocaram até a casa em que supostamente réu morava e o abordaram juntamente com alguns usuários. No dia 27 de abril, a prisão foi convertida em preventiva, com destaque na decisão para a legalidade do ato flagrantial e para a prova da materialidade e os indícios de autoria. Além disso,

no caso, apesar de tratar-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, verifica-se que a natureza do crime, a forma com que foi perpetrado, em plena residência do autuado, a denotar o destemor e a

audácia do mesmo, provavelmente amparado em errônea sensação de impunidade, autorizam concluir pela necessidade de manutenção da prisão cautelar como forma de garantir-se a ordem pública e evitar a reiteração de atos análogos. (p. 41)

Medidas cautelares alternativas novamente foram consideradas inadequadas e insuficientes. Sentenciado o processo em 04 de setembro de 2012, a conduta foi desclassificada para porte de droga para consumo próprio, diante da quantidade de droga e das circunstâncias da apreensão. Na ocasião, concluiu-se que:

Uma vez constatado que o crime imputado ao réu deve ser aquele previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, considerado infração de menor potencial ofensivo, é forçoso concluir que o réu, por ter permanecido encarcerado desde 23/04/2012 até a presente data, já sofreu “apenação” superior àquela prevista no preceito secundário desse tipo penal (que somente prevê aplicação de medidas alternativas à pena de prisão), de tal modo que se afiguraria extremamente injusto impor-lhe qualquer medida prevista nos incisos I, II e III do citado art. 28 da Lei de Drogas.

Desse modo, a alternativa correta deve ser a decretação da extinção da punibilidade do fato, por conta da aplicação da chamada “detração penal” (art. 42, CP). (p. 143)

Assim, depois de mais de quatro meses de cárcere preventivo, OALJ foi colocado em liberdade.

No feito com número **2010.01.1.151661-6**, cuida-se do desmembramento de um outro processo – 2010.01.1.113649-4, em que RAJ e FCFR foram presos em flagrante em 06 de julho de 2010 porque traziam consigo uma porção de maconha com 225,70g. Policiais militares receberam denúncia que indicavam os dois como traficantes e na data dos fatos avistaram os indivíduos segurando um saco plástico preto, como se estivessem repartindo algo. Quando notaram a aproximação da viatura, eles empreenderam fuga, jogando o saco no chão. Com o primeiro autuado foram encontrados também R\$ 40,00. O processo sob análise trata apenas de RAJ.

Destaque-se que esse caso é mais um dos que ocorreram antes da Lei 12.403 de 2011 e não há nos autos análise do flagrante, tampouco decisão convertendo a prisão em preventiva. Foi possível constatar que o acusado foi colocado em liberdade através de liminar deferida em *habeas corpus* no dia 28 de julho de 2010. Na decisão no *writ* constitucional, destaca-se que:

A questão referente à possibilidade da liberdade provisória em se tratando de crime de tráfico de entorpecentes é controvertida. Embora posição jurisprudencial antiga tenha proclamado, por ser o crime inafiançável, não admitir, de consequência, a liberdade provisória, posição doutrinária e

jurisprudencial mais recente tem admitido a questionada liberdade provisória.

[...]

Verifico, porém, que na hipótese em apreciação, mesmo em se tratando desta fase processual, de cognição sumária, portanto, que não há o *fumus comici [sic] delicti*.

Com efeito, restou comprovada, nos autos, a desavença havida entre o paciente e o policial que efetuou a sua prisão.

Os policiais condutores, ao prestarem depoimento no auto de prisão em flagrante, asseveraram que os moradores da Quadra 33 do Setor Leste já haviam “noticiado ao depoente e a outros policiais que R. e F. estão andando armados...”, fato absolutamente dissociado daquele referente ao auto de prisão.

É certo, ainda, que R. afirmou que na hora dos fatos havia outras pessoas no local e, na inicial do presente *Habeas Corpus*, assevera que esses cidadãos estão dispostos a esclarecer os fatos. Não se trata de alegação vazia. Há, consoante destacado no relatório, um rol com nome, endereço e demais dados de várias pessoas, constando, no citado rol, a assinatura das mesmas.

Acresça-se a todos estes fatos, o reconhecimento, pelo próprio prolator da decisão indeferitória da liberdade provisória, que se trata de réu primário, com bons antecedentes, residência fixa, valendo acrescentar que se cuida de trabalhador humilde.

Sob outros prisma *[sic]*, não vislumbro qualquer risco à ordem e à saúde pública, por tudo o quanto acima restou destacado e com base nos elementos de informação contidos nos autos. (p. 100 a 103)

Ao final do processo, sentenciado em 29 de agosto de 2012, o réu foi absolvido da acusação que lhe foi feita, tendo ficado cerca de dezoito dias preso provisoriamente.

No processo de numeração **2012.01.1.027141-7**, FCBS foi preso em flagrante em 29 de fevereiro de 2012 porque vendeu uma porção de crack com 0,2g e uma de maconha também com 0,2g a um usuário, além trazer consigo outra porção dessa substância com 2,8g. Após a venda, o acusado, uma menor e o usuário saíram em direção à rodoviária, momento em que foram abordados. Com FCBS também foram encontrados três reais, e com a menor, mais droga e dinheiro.

Analisado o ato flagrantial em 05 de março, a prisão foi convertida em preventiva. Na decisão, ressaltou-se a legalidade do flagrante e a necessidade do cárcere para garantia da ordem pública. Repetiram-se os mesmos argumentos utilizados em outros casos similares na mesma Vara, reputando-se, ao final, inadequadas e insuficientes medidas cautelares diversas. Impetrado *habeas corpus*, a ordem foi denegada diante da gravidade da conduta e da vedação à liberdade provisória constante da Lei de Drogas. Importante destacar trecho da ementa que diferencia a prisão cautelar da prisão pena:

A constrição cautelar tem por objetivo garantir a atividade do Estado na persecução criminal; ao passo que a prisão-pena, demanda o recolhimento do condenado a um estabelecimento específico para o cumprimento da

sanção imposta pelo Estado ao final do processo, razão pela qual não se há falar em antecipação de sanção mais grave à pena a ser imposta. (p. 87)

Ao final da audiência de instrução, a defesa reiterou o pedido de revogação da prisão, que também foi indeferido. Sentenciado o feito em 25 de julho de 2012, FCBS foi condenado a dois anos, um mês e vinte dias de reclusão no regime fechado, porém substituiu-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Assim, depois de quase cinco meses encarcerado preventivamente, o réu foi colocado em liberdade.

No último processo sob estudo, com número **2012.01.1.040617-4**, WS foi preso em flagrante em 23 de março de 2012 porque trazia consigo um tablete de maconha com 31,01g, além de ter vendido a um usuário duas porções da mesma droga, com 2,16g. Agentes de Polícia averiguavam denúncias quando avistaram uma troca de dinheiro entre o réu e um indivíduo, motivando a abordagem e a localização do entorpecente.

Em decisão da juíza plantonista, no dia seguinte, converteu-se a prisão em preventiva, destacando-se que:

De fato, o princípio da não-culpabilidade insculpido no inciso LVII do art. 5º da Constituição da República consagra no ordenamento jurídico brasileiro a regra do *status libertatis*, tornando a custódia provisória do indivíduo uma excepcionalidade no sistema normativo.

[...]

Extraí-se, contudo, da letra da própria Carta Constitucional que o direito à liberdade não constitui regra absoluta, admitindo, como de fato admite, restrição.

[...]

Conclui-se, assim, que a restrição à liberdade de ir e vir é inerente à própria teoria garantidora dos direitos fundamentais, restando ao Judiciário aferir se, no caso concreto, estariam presentes os requisitos legais à limitação [...].

In casu, a hipótese dos autos trata de indivíduo preso em flagrante delito pela prática, em tese, do crime de tráfico de drogas, exsurgindo do auto de prisão em flagrante não apenas a materialidade como, também, os indícios de autoria, sendo certo, outrossim, que os fatos nele constantes são extremamente graves, em razão da informação extraída do depoimento de duas testemunhas no sentido de que este seria o responsável pelo tráfico, inclusive adquirindo a droga do próprio autuado, colocando em evidente risco a segurança e a saúde públicas, tudo a indicar, concretamente, a periculosidade do agente. (p. 49 e 50)

Assim, diante da periculosidade do agente, entendeu-se pela necessidade do cárcere, mostrando-se inadequadas medidas diversas.

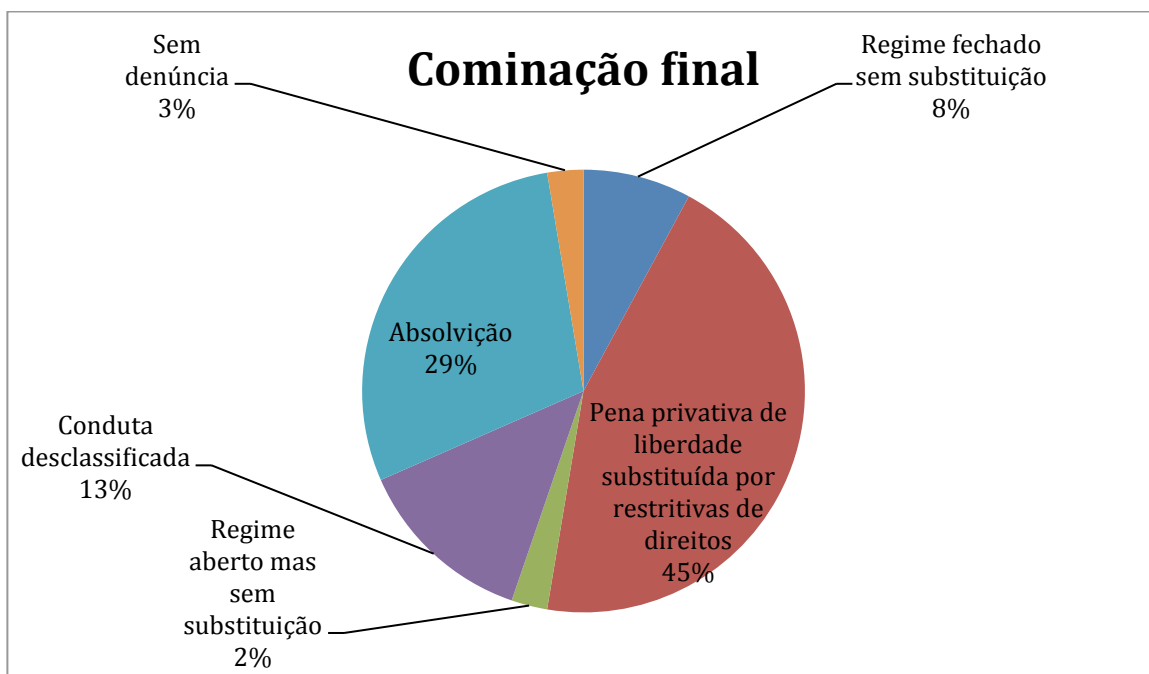
Na sentença datada de 06 de agosto de 2012, o réu foi condenado a dois anos de reclusão no regime inicial fechado, mas a pena privativa de liberdade foi substituída por duas

restritivas de direitos. Intimado no mesmo dia, WS foi solto depois de passar mais de quatro meses preso provisoriamente.

3.2.5. Conclusões parciais a partir dos dados obtidos

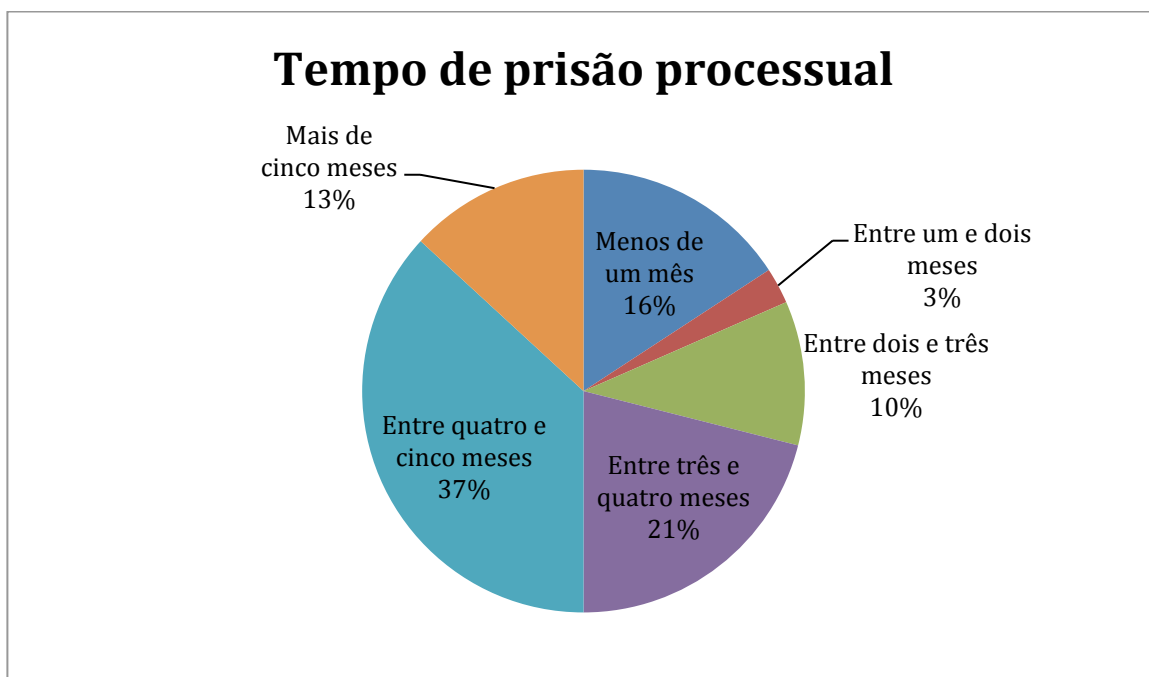
Como dito anteriormente, ao todo eram 37 processos e em 32 houve prisão preventiva. Em quatro deles (2009.01.1.108329-4, 2011.01.1.117110-3, 2011.01.1.094478-9 e 2010.01.1.151661-6) embora não conste dos autos decisão convertendo o flagrante, tratando-se de fatos anteriores à vigência da Lei 12.403 de 2011, os acusados ficaram presos durante a instrução processual, motivo pelo qual também foram incluídos na abordagem. Considerando que em alguns casos havia mais de um acusado, observa-se que no total a amostra inclui 38 réus que ficaram encarcerados provisoriamente (no processo 2012.01.1.014167-3, um dos denunciados não foi preso).

Destes, somente três foram condenadas a regime fechado (sem substituição da pena), enquanto dezessete tiveram a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos, um foi condenado no regime aberto mas sem substituição, cinco tiveram a conduta desclassificada, onze foram absolvidos e um nem mesmo foi denunciado. Graficamente:



Contudo, quanto ao tempo de duração da prisão processual, extrai-se que seis ficaram menos de um mês preso, um ficou entre um e dois meses, quatro ficaram entre dois e três

meses, oito ficaram entre três e quatro meses, quatorze ficaram entre quatro e cinco meses e cinco ficaram mais de cinco meses encarcerados provisoriamente. Em gráfico:



Assim, questiona-se: será que a prisão processual era tão imprescindível, considerando que em cerca de 92% dos casos analisados, o desfecho processual foi diverso da condenação em regime fechado? Como não se falar em antecipação de pena para pessoas que ficam meses encarceradas e, ao final, sequer há comprovação de sua conduta?

Esses dados, conjugados à leitura dos argumentos usados para manutenção do cárcere provisório, apontam sem dúvidas para a constatação de que a prisão preventiva é utilizada como forma de tirar da sociedade indivíduos que são considerados incômodos, submetendo-os prontamente a exemplar punição estatal, sem observância das garantias constitucionalmente asseguradas. As finalidades do cárcere preventivo são perdidas em um juízo de mera conveniência, justificando-se a prisão processual com base principalmente na garantia da ordem pública e defesa social.

Impende ressaltar ainda que, mesmo nos três casos em que houve condenação no regime fechado sem substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direito (processos 2012.01.1.014184-0, 2012.01.1.008034-5 e 2009.01.1.108329-4), a pena final foi menor do que oito anos de reclusão, o que poderia permitir a aplicação de regime menos gravoso em cotejo com circunstâncias judiciais favoráveis e primariedade. Entretanto, a periculosidade em abstrato atribuída ao tráfico, aliada à previsão da Lei de Crimes Hediondos

para que tais delitos fossem cumpridos em regime inicialmente fechado, foi motivo suficiente para aplicação da constrição mais rigorosa possível.

CONCLUSÃO

Como reiterado ao longo deste trabalho, a liberdade do cidadão é um dos pressupostos de um Estado Constitucional e Democrático de Direito, enquanto sua restrição só pode ser estabelecida em situações excepcionais, ainda mais se nem existe condenação definitiva. Contudo, a realidade nem sempre acompanha a teoria.

Ao longo da história do processo penal, ideias de segurança social se intercalaram com afirmações de proteção ao acusado e preservação de suas garantias (FERNANDES, 2012). Com o fim das Grandes Guerras Mundiais, a necessidade de instrumentalizar os direitos fundamentais do indivíduo frente ao Estado fez com que diversas normas fossem positivadas nas constituições e, no final dos anos 70, surge a teoria do garantismo penal do italiano Luigi Ferrajoli, com indicação de vigas-mestras que deveriam pautar a própria construção do Estado de Direito. Nesse modelo garantista, o julgamento estaria circunscrito às teses acusatórias formuladas conforme às leis, e na dúvida ou na ausência de acusação e de provas ritualmente formadas, prevaleceria a presunção de não culpabilidade (FERRAJOLI, 2014).

Com o processo de redemocratização brasileiro no final dos anos 80, esses ideais são importados e inscritos na nova Constituição. Só que no país vigorava a legislação autoritária anteriormente estabelecida com o Código de Processo Penal de 1941, de inspiração nazifascista, gerando uma espantosa resistência ao novo texto, principalmente em razão da mudança na concepção de tratamento do réu.

A Carta promulgada em 1988 trouxe em seu bojo várias garantias àqueles submetidos a processo penal e tornou imperiosa a releitura do processo penal aqui instituído à luz dos direitos fundamentais positivados. Diante da visão do acusado como sujeito de direitos e da valorização da dignidade da pessoa humana, a proteção dos inocentes foi erigida a princípio cardeal e, assim, para que se imponha qualquer restrição à liberdade do cidadão, principalmente quando sequer existe sentença, deve haver motivação concreta.

Na atual sistemática do CPP, especialmente após as modificações introduzidas pela Lei 12.403 de 2011, o cárcere antes de sentença penal condenatória transitada em julgado passou a ser visto como a *“extrema ratio”* da *“ultima ratio”* (GOMES, 2012), ou seja, é medida excepcionalíssima, instituindo-se uma série de alternativas à segregação.

Portanto, quando o agente é pego em flagrante, ou mesmo ante a necessidade de acautelar o processo no curso da investigação ou da instrução, o magistrado deve avaliar se há outra medida adequada e suficiente e que tenha um ônus menor para o acusado. Ocorre que, como visto, a prisão continuou sendo aplicada na grande maioria dos casos.

Tendo a prisão processual um caráter instrumental, diverso da prisão-sanção, à qual caberia as finalidades retributiva e preventiva, seu uso só seria possível nos estritos limites da cautelaridade. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado contra o uso do instituto como antecipação de pena, a prática quotidiana demonstra sua utilização desmedida, baseada em argumentos abstratos e desprovidos de qualquer rigor.

Para decretação da prisão preventiva, restrição cautelar clássica do ordenamento jurídico brasileiro, além da materialidade do crime e dos indícios de autoria, deve estar presente um dos seguintes fundamentos: garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal. Ocorre que, enquanto os dois últimos podem ter efetivamente uma função instrumental, de acautelar o processo, os dois primeiros, e principalmente a garantia da ordem pública, se revelam como termos vagos e imprecisos, capazes de abarcar os mais diversos conteúdos.

O clamor público, o abalo social, a credibilidade das instituições de justiça, o risco de reiteração delitiva, quando não demonstrado concretamente, entre outras justificativas dadas, não configuram medidas cautelares. Pelo contrário, revelam a existência de uma cláusula genérica e indeterminada que é utilizada para fundamentar discursos autoritários e utilitaristas. Dessa forma, são atribuídas funções de prevenção estranhas à natureza da prisão processual, que fazem pesar sobre o réu uma presunção de periculosidade com base unicamente na suspeita da conduta delitiva. Só que ao se atribuir ao cárcere preventivo as mesmas finalidades da pena, o argumento apresentado para justificá-lo é perdido, configurando-se, na lição de Ferrajoli (2014), em ilegítima pena sem juízo.

Ademais, para que seja decretada a restrição cautelar da liberdade, deveria haver proporcionalidade com a sanção a ser imposta ao final do processo, já que o encarceramento provisório não pode superar em gravidade a própria pena, cuja aplicação é almejada no processo. Só que essa questão muitas vezes é desconsiderada, o que ficou bastante evidente na análise dos processos de tráfico de drogas.

Quanto à duração da preventiva, constatou-se que há outro problema, já que no Brasil vigora o que Lopes Jr. (2007) chama de doutrina do não prazo. A Constituição Federal prevê expressamente a garantia da razoável duração do processo, o que também consta de diversos tratados dos quais o país é signatário. Não há uma limitação específica para duração do cárcere preventivo e, apesar da prescrição de alguns prazos para realização de atos processuais, eles não são observados em regra e não há aplicação de qualquer penalidade pelo seu descumprimento. Com isso, os acusados ficam indefinidamente privados de sua liberdade, sem qualquer comprovação de sua conduta.

Se o processo por si só já é uma pena, a questão é agravada quando se está diante de uma prisão processual. Um Estado sem aparelhamento suficiente não pode exigir que seus cidadãos, presumidos inocentes até sentença condenatória irreversível, fiquem presos ou submetidos a medidas provisórias por tempo excessivo. Além de violar a dignidade da pessoa humana e aumentar a estigmatização, isso escancara a lentidão judiciária, gerando a perda de confiança no Poder Público para gerenciar conflitos.

A análise de processos colhidos na pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas” em Brasília/DF apenas reforça três pontos já abordados acima: em primeiro lugar, a prisão provisória é usada amplamente sem caráter cautelar; em segundo lugar, os imputados ficam encarcerados por tempo indefinido; por último, não há proporcionalidade entre a medida aplicada no curso do processo e a sanção final.

A utilização do cárcere processual em alguns crimes ganha contornos nitidamente autoritários e repressivistas, e esse é o caso do delito de tráfico de entorpecentes. Com base na declaração de guerra às drogas e na necessidade de proteção da segurança pública, prendem-se preventivamente indivíduos pegos em alguma das situações previstas no artigo 33 da Lei 11.343 de 2006, sem qualquer ponderação a respeito da possibilidade de absolvição, de desclassificação para uso pessoal, ou mesmo de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Como visto através da leitura das decisões proferidas pelos magistrados das Varas de Entorpecentes do Distrito Federal, argumentos que nada tem de cautelar são usados para restringir a liberdade dos acusados, tais como o risco à saúde pública e à paz social, os malefícios que a droga representa, o temor causado à sociedade, a repercussão e danosidade do tráfico, o clamor público, a instigação à prática de outros crimes, a credibilidade da justiça, risco de reiteração delitiva (sem comprovação alguma), a hediondez do delito, entre outros. Além disso, como a Lei de Drogas previa a vedação à liberdade provisória, o que só foi declarado inconstitucional pelo STF em 2012, muitos juízes mantinham a prisão automaticamente, em flagrante afronta ao sistema garantista e acusatório adotado pela Constituição.

Acontece que, além da fundamentação abstrata, dos 38 réus que ficaram presos na amostra analisada, apenas 8% foram condenados em regime fechado, sem substituição da pena por restritivas de direitos. Cerca de 45% foram condenados mas tiveram a pena substituída e em torno de 2% foram apenados com regime aberto sem substituição. Chama a atenção que 13% tiveram a conduta desclassificada, 29% foram absolvidos e cerca de 3% nem tiveram denúncia formal. Esses dados evidenciam a imensa desproporcionalidade entre a

medida cautelar aplicada e a pena final. Em torno de 92% dos imputados sequer deveriam ter ficado presos.

Ademais, no que concerne ao tempo de prisão processual, metade dos acusados ficaram mais de cento e vinte dias preso – 13% mais de cinco meses e 37% entre quatro e cinco meses. 21% ficaram encarcerados entre três e quatro meses, 10% entre dois e três meses, cerca de 3% entre um e dois meses e 16% menos de um mês. O cárcere tira o indivíduo do seio familiar e do trabalho, estigmatizando-o e submetendo-o a diversos constrangimentos físicos e morais, o que se mostra muito mais preocupante se nem mesmo há condenação, como foi possível observar em grande parte dos casos. Entretanto, esse tempo de clausura não será devolvido e nem sequer indenizado.

Tanto o imputado preso em flagrante como aquele que responde ao processo em liberdade devem ser vistos como inocentes, com todas as consequências que disso decorrem. Só que o que se constata é que o cárcere processual é visto como uma forma de tirar do convívio social pessoas que são consideradas incômodos, punindo-os pronta e exemplarmente, mesmo que às custas das suas garantias constitucionais. A natureza cautelar da prisão é abandonada diante de um juízo de conveniência, embora a constrição não fosse realmente necessária.

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha. Excepcionalidade da prisão preventiva no estado democrático de direito. *Revista forense*, v. 110, n. 419, p. 313-331, jan./jun. 2014.

ALVES, Elaine Martins de Sousa; VILELA, Tiago Guimarães. A natureza jurídica da prisão preventiva. *Revista dos tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 941, p. 177-198, mar. 2014.

ARAUJO, Claudio Watrin de. Inafiançabilidade: mutação constitucional. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3025, 13 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20217>. Acesso em: 23 maio 2015.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BOITEUX, Luciana et al. Série Pensando o Direito nº 1/2009 –Tráfico de Drogas e Constituição. Versão digital.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. Disponível em: http://www.academia.edu/2758958/Revisita_à_Desconstrução_do_Sistema_Inquisitorial. Acesso em: 15/01/2015.

CASTILHOS, Tiago Oliveira de. *Prisão Cautelar e prazo razoável*. Curitiba: Juruá, 2013.

CHIA, Rodrigo King Lon. O perigo da liberdade: uma análise do discurso sobre a prisão preventiva nos jornais Folha de S. Paulo e O Globo. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2013.

CRUZ, Rogerio Schietti Machado. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

DEUS GARCIA, Rafael de. O uso da tecnologia e a atualização do modelo inquisitorial: Gestão da prova e violação de direitos fundamentais na investigação policial na política de drogas. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, 2015.

DUARTE, Evandro Charles Piza et al. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? Anotações sobre a dinâmica dos preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares das cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. In: *Segurança pública e direitos humanos: temas transversais*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A motivação das decisões penais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Luiz Flávio et al. Lei de drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Prisão e medidas cautelares: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GRECO, Rogério. Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

JESUS, Damásio E. de. Breves apontamentos sobre a nova lei de prisão. *Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 46, p. 11-12, out./dez. 2012.

LEMGRUBER, Julita et al. Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro – Avaliação do impacto da Lei 12.403/2011. Versão Digital.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Prisão Cautelar: doutrina, jurisprudência e prática. Salvador: Juspodivm, 2014.

LIMA, Roberto Kant de. Ordem Pública e pública desordem: modelos processuais de controle social em uma perspectiva comparada. s/l, s/d. 40p. Mimeo.

LOPES JR., Aury. Direito ao processo penal no prazo razoável. *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 15, n. 65, p. 209-250, mar./abr. 2007.

_____. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Prisões cautelares: Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: Fundamentos de história de direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

JESUS, Maria Gorete Marques de et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas: um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. Versão Digital.

MALLET, Alexandre O'Donnell. Revisitando a historiografia da prisão: a influência da doutrina do purgatório no surgimento da lógica do encarceramento. In: Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

MARTINS JÚNIOR, Ayrton Figueiredo. Estado de inocência. In: Processo penal e garantias constitucionais: estudos para um processo penal democrático. Organizadores: Nereu José Giacomolli e Vinicius Gomes de Vasconcellos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prisão e Liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. Prisão preventiva e liberdade provisória: a reforma da Lei nº 12.403/2011. São Paulo: Atlas, 2013.

PIERANGELI, José Henrique. *Processo Penal: evolução histórica e fontes legislativas*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

PONTE CARVALHO, Gabriela. *O aviso de Miranda e a prova ilícita por derivação*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2013.

PRADO, Geraldo. *A transição democrática no Brasil e o Sistema de Justiça Criminal*. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com/Artigos/Geraldo%20Prado%20-%20Palestra%20Coimbra%20-%20A%20transição%20democrática%20no%20Brasil.pdf>. Acesso em 13/02/2015.

REZENDE, Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de. *A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, 2011.

ROCHA, Diogo Mentor de Mattos. (Re)pensando a garantia da ordem pública como fundamento idôneo para decretação de prisões cautelares. *Boletim Ibccrim*, v. 22, n. 256, p. 10-12, mar. 2014.

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 18, n. 86, p. 289-335, set./out. 2010.

_____. *Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SIQUEIRA, Flaviane Montalvão. *Limites constitucionais à invasão de domicílio nos casos de flagrante por crime de tráfico de drogas: Análise da imprescindibilidade do mandado judicial na Corte Norte Americana e da prática judicial de aceitação do flagrante em crime permanente da cidade de Salvador (2012)*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2013.

Supremo Tribunal Federal. *Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>. Acesso em: 22/03/2015.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Evolução do Código de Processo Penal: Mesa redonda no I seminário de política de memória institucional e historiografia*. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1676-5834/v3n5/doc/15-Evolucao_Codigo_Processo_Penal.pdf. Acesso em 13/02/2015.

TRINDADE, André Karam. *Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>. Acesso em 10/02/2015.

VILARINHO, Raquel Rocha. *A inversão da lógica cautelar da prisão preventiva a partir da inidoneidade da fundamentação*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2013.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. *A constitucionalização da abordagem policial: a busca pessoal e a revista preventiva na sociedade de risco*. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade de Brasília, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: Planeta, 2013.

ANEXO – Questionário usado na pesquisa “Quem é Suspeito do Crime de Tráfico de Drogas”³²

[...]

J) Dados sobre a Razoabilidade dos Prazos e Situação do Réu Durante o Processo

- 1) Data da Prisão em Flagrante:
- 2) Data do Pedido de Liberdade Provisória:
- 3) Data do Pedido de Relaxamento da Prisão em Flagrante:
- 4) Data da Manifestação do Juiz/juíza quanto à manutenção da Prisão em Flagrante:
- 5) Data da Primeira manifestação do Juiz/juíza sobre a prisão:
- 6) Data de Conclusão do Inquérito:
- 7) Data do Recebimento da Denúncia:
- 8) Data da Audiência (Interrogatório judicial do réu se anterior ou da oitiva da primeira testemunha de acusação):
- 9) Data da Audiência (da oitiva da primeira testemunha de defesa):
- 10) Data da Sentença:

K) Prisão Processual e Aplicação de Medidas Cautelares

- 1) Quando da determinação da autoria do réu, durante a fase policial, o réu:
 - a) ☐ permaneceu solto;
 - b) ☐ foi decretada sua prisão;
 - ☐ e foi preso
 - ☐ e foi declarado foragido.
- 2) Caso tenha sido decretada a prisão do réu qual o tipo de prisão estabelecida:
 - a) ☐ Prisão em Flagrante
 - b) ☐ Prisão Preventiva
 - c) ☐ Prisão Temporária
 - d) ☐ O réu ficou preso em decorrência de ordem judicial relativa a outro processo
 - e) ☐ Outra? _____
- 3) A prisão em flagrante ocorreu em data posterior à vigência da Lei 12.403/11, ou seja, após 05/07/2011?
 - ☐ Sim
 - ☐ Não

Caso o flagrante tenha ocorrido após a vigência da lei Lei 12. 403/11, houve a análise fundamentada e de ofício do auto de prisão em flagrante quanto às hipóteses de cabimento da prisão preventiva e/ou aplicação de outras medidas cautelares?

- ☐ Sim
- ☐ Não. O juiz seguiu o procedimento adotado na sistemática anterior à vigência da lei, apenas se limitando a homologar o flagrante.
- ☐ Outro _____

³² O questionário contava com uma série de outras indagações, mas foram transcritas apenas aquelas aplicadas diretamente no presente estudo.

4) No caso da prisão em flagrante:

- a) ☐ Houve o relaxamento da prisão em flagrante, por ser considerada ilegal, após análise do auto de prisão em flagrante;
- b) ☐ Houve a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, após a análise do auto de prisão flagrante pelo juiz/juíza.
- c) ☐ Houve a conversão da prisão em flagrante em prisão temporária, após a análise do auto de prisão flagrante pelo juiz/juíza.
- d) ☐ Houve a conversão da prisão em flagrante em prisão temporária, após a análise do auto de prisão flagrante pelo juiz/juíza, seguida de decretação de prisão preventiva.
- e) ☐ Houve a concessão de liberdade provisória com fiança, após a análise do auto de prisão flagrante pelo juiz/juíza;
- f) ☐ Houve a concessão de liberdade provisória sem fiança, após a análise do auto de prisão flagrante pelo juiz/juíza;
- g) ☐ Houve a decretação do cumprimento de outras medidas cautelares diversas da prisão.

5) No caso da prisão em flagrante, a homologação do auto de prisão em flagrante teve motivação concreta? (Considere motivação concreta aquela que faz referência ao fato narrado e não apenas a mera citação de artigos de lei, seguida da afirmação de que os requisitos formais foram cumpridos).

- a) ☐ Sim.
- b) ☐ Não.
- c) ☐ Houve apenas a homologação da prisão em flagrante.

6) No caso da liberação do réu, há fundamentação da soltura?

- a) ☐ Sim.
- b) ☐ Não.

7) Na fase policial, portanto, o réu:

- a) ☐ Permaneceu durante toda a fase preso;
- b) ☐ Permaneceu durante toda a fase solto;
- c) ☐ Permaneceu parte da fase solto e parte preso;

8) Durante a fase judicial:

- a) ☐ O réu respondeu toda a fase em liberdade;
- b) ☐ O réu ficou preso toda fase;
- c) ☐ Permaneceu parte da fase solto e parte preso;
- d) ☐ Houve aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Qual? _____
- e) ☐ Não houve aplicação de medida cautelar;
- f) ☐ Houve decretação de prisão preventiva;
- g) ☐ Houve a decretação da prisão temporária;
- h) ☐ O réu ficou preso em decorrência de ordem judicial relativa a outro processo;
- i) ☐ Outra. Qual? _____

9) Na sentença:

- a) ☐ O réu permaneceu solto;
- b) ☐ O réu permaneceu preso;
- c) ☐ Houve a concessão da liberdade provisória;
- d) ☐ Houve decretação de prisão preventiva;
- e) ☐ Houve decretação de prisão temporária;

- j) ☐ Houve aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Qual? _____
k) ☐ Não houve aplicação de medida cautelar;
f) ☐ Outro. Qual? _____

10) Durante a Fase Recursal:

- a) ☐ O réu respondeu toda a fase em liberdade;
b) ☐ O réu ficou preso toda fase;
c) ☐ Permaneceu parte da fase solto e parte preso;
d) ☐ Houve aplicação de medida cautelar diversa da prisão. Qual? _____
e) ☐ Não houve aplicação de medida cautelar;
f) ☐ Houve decretação de prisão preventiva;
g) ☐ Houve a decretação da prisão temporária;
h) ☐ O réu ficou preso em decorrência de ordem judicial relativa a outro processo;
i) ☐ Outra. Qual? _____

11) Identifique a situação processual do réu quanto à prisão nos seguintes momentos:

11.1) O réu no Interrogatório Policial estava:

- a) ☐ Preso
b) ☐ Solto
c) ☐ Foragido

11.2) O réu no Momento da Citação estava:

- a) ☐ Preso
b) ☐ Solto
c) ☐ Foragido

11.3) O réu no Interrogatório Judicial estava:

- a) ☐ Preso
b) ☐ Solto
c) ☐ Foragido

11.4) O réu na Publicação da Sentença estava:

- a) ☐ Preso
b) ☐ Solto
c) ☐ Foragido

12) O réu ficou preso por prisão temporária?

- a) ☐ Não
b) ☐ Sim. Quantos dias?
 b.1) ☐ 5 dias
 b.2) ☐ 10 dias
 b.3) ☐ 15 dias
 b.4) ☐ outro. Qual? _____

13) Há mais de uma decretação de prisão preventiva?

- a) ☐ Sim
 a.1) ☐ 1ª folhas _____
 a.2) ☐ 2ª folhas _____
 a.3) ☐ 3ª folhas _____

b) ☐ Não

L) Motivação da Prisão Preventiva:

(Considere a primeira decretação de prisão preventiva ou negativa de pedido de liberdade provisória ou relaxamento)

1) Para fundamentar a prisão, quanto à autoria do delito, o/a juiz/juíza considera as seguintes informações:

- a) ☐ A confissão do réu feita aos policiais ou na delegacia, exclusivamente;
- b) ☐ A confissão do réu feita aos policiais ou na delegacia corroborada por outras fontes de informação (ex. registro de imagens, interceptação telefônica, testemunhas etc).
- c) ☐ Usa apenas fontes de informação distintas da confissão. (ex. registro de imagens, interceptação telefônica, testemunhas etc).

2) Para fundamentar a prisão, o/a juiz/juíza considera as seguintes informações:

- a) ☐ Não havia fundamentação para a prisão preventiva.
- b) ☐ Natureza da substância ou produto. (ex. afirma que a cocaína tem efeitos nocivos intensos)
- c) ☐ Quantidade da substância ou produto. (ex, afirma que a grande quantidade indica a necessidade da prisão)
- d) ☐ Personalidade do agente
- e) ☐ Conduta Social do Agente
- f) ☐ O dano social do delito (ex. faz menção ao aumento de violência ou de viciados, à existência de comércio ilegal lucrativo com danos à saúde pública e/ou à segurança pública)
- g) ☐ Repercussão social do delito (ex. faz menção ao clamor público para que essa modalidade de delito seja combatido pelo poder público e/ou o temor social que ela vem provocando)
- h) ☐ Manutenção da ordem pública
- i) ☐ Existência de formação de quadrilha
- j) ☐ Existência de porte ilegal de arma de fogo
- k) ☐ Existência de ameaça de testemunhas
- l) ☐ Resistência à prisão
- m) ☐ Indícios ou prova da prática de outros crimes associados (ex. homicídio, roubo, sequestro)
- n) ☐ Outra. Qual? _____

3) Quanto à personalidade/conduta social/periculosidade do acusado, o/a juiz/juíza fundamenta a decisão de prisão:

- a) ☐ Na existência de outros processos não transitados em julgado
- b) ☐ Na existência de inquéritos em andamento
- c) ☐ Por ser o réu reincidente
- d) ☐ Por ter características de personalidade negativas (ex. violento e/ou agressivo)
- e) ☐ Por não comprovar ocupação lícita
- f) ☐ Por ter conduta social reprovável
- g) ☐ A fundamentação da prisão não considera tais aspectos, mesmo que positivos
- h) ☐ Outro _____

[...]